

Court's jurisdiction, for the reason set out in paragraph 1 of this opinion.

4. It may, of course, be the case that, while the dispute has clearly arisen subsequent to the critical date for jurisdiction, the situations or facts giving rise to the dispute appear to have occurred before that date. That was exactly the situation in the *Phosphates in Morocco* case, where the Permanent Court addressed the possibility that acts "accomplished after the crucial date", when "taken in conjunction with earlier acts to which they are closely linked, constitute as a whole a single, continuing and progressive illegal act which was not fully accomplished until after the crucial date" (*Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 23*). Equally, there exists the possibility that acts carried out prior to the crucial date "nevertheless gave rise to a permanent situation inconsistent with international law which has continued to exist after the said date" (*ibid.*). This latter eventuality is indeed reflected in the International Law Commission's Draft Article 25 on State Responsibility (*Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part II, p. 80*).

5. It is not the Court alone which has had to formulate jurisprudence on the concept of "continuing events": so has the European Court of Human Rights (see *Yagci and Sargin v. Turkey, European Human Rights Reports, 1995, p. 505*); and so also has the Human Rights Committee (see *Guye et al. v. France, No. 196/1985, 3 April 1989, 35th Session*); and *Simunek v. The Czech Republic (No. 516/1992, 31 July 1995, 54th Session)*.

6. The Court gave its own answers to this issue in *Phosphates in Morocco*. It explained that the problem of whether there were "continuing events" that gave rise to a cause of action after the crucial date must be examined in the particular context of each case. But two factors always have to be borne in mind: the first is that

"it is necessary always to bear in mind the will of the State which only accepted the compulsory jurisdiction within specified limits, and consequently only intended to submit to that jurisdiction disputes having actually arisen from situations or facts subsequent to its acceptance" (*Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 24*).

And second, it was necessary to see if the facts were merely a necessary and logical consequence of earlier ones which were barred from scrutiny by the temporal reservation. On the particular facts of the *Phosphates* case, the Court found that the cited facts and situations could not be viewed as "a final step and crowning point" of the earlier events (*ibid.*, p. 26) nor did they "alter the situation which had already been estab-

la portée *ratione temporis* de la juridiction de la Cour, pour la raison que j'expose au paragraphe 1 ci-dessus.

4. Il peut évidemment arriver que, même si le différend a manifestement surgi postérieurement à la date critique pour l'attribution de la compétence, les situations ou les faits qui sont à l'origine du différend paraissent être antérieurs à cette date. Ce fut là exactement la situation dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* où la Cour permanente a analysé la possibilité que des actes «accomplis après la date critique», lorsqu'ils sont «mis en rapport avec des faits antérieurs auxquels ils sont intimement unis ... constituent dans leur ensemble un seul fait illicite continu et progressif, qui n'est arrivé à sa perfection qu'après la date critique» (*Phosphates du Maroc*, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 23). De même, il est possible que certains faits, bien que réalisés à une époque antérieure à la date critique «donne[nt] naissance à une situation permanente contraire au droit international ... qui s'est prolongée au-delà de cette date» (*ibid.*). D'ailleurs, la Commission du droit international tient compte de cette dernière éventualité dans son projet d'article 25 sur la responsabilité des Etats (*Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, deuxième partie, p. 101).

5. La Cour n'est pas seule à avoir dû constituer une jurisprudence sur la notion d'«événement continu» ou de «fait ayant un caractère de continuité»: la Cour européenne des droits de l'homme a dû en faire autant (voir l'affaire *Yagci et Sargin c. Turquie*, *Recueil de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1995, p. 505); et le Comité des droits de l'homme a également dû en faire autant (voir *Guye et al. c. France*, communication n° 196/1985, 3 avril 1989, trente-cinquième session); et *Siminek c. la République tchèque* (communication n° 516/1992, 31 juillet 1995, cinquante-quatrième session).

6. La Cour a donné ses propres réponses à cette question dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Elle a expliqué qu'il faut examiner dans le cadre particulier de chaque affaire le problème de savoir s'il existe des «événements continus» qui sont à l'origine de l'action intentée postérieurement à la date critique. Mais il y a deux éléments à ne jamais oublier. Le premier est que:

«il faut toutefois garder toujours présente à l'esprit la volonté de l'Etat qui, n'ayant accepté la juridiction obligatoire que dans certaines limites, n'a entendu y soumettre que les seuls différends qui sont réellement nés de situations ou de faits postérieurs à son acceptation» (*Phosphates du Maroc*, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 24).

Et le second élément est qu'il faut voir si les faits sont simplement une conséquence nécessaire et logique de faits antérieurs que la réserve d'ordre temporel a empêché d'examiner. S'agissant des faits particuliers de l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour a estimé que les faits et les situations invoquées ne pouvaient pas être considérés comme «le terme final et le couronnement» des événements antérieurs (*ibid.*, p. 26) et qu'ils

lished" (*P.C.I.J., Series A/B, No. 74*, p. 27). Nor could they be separated from those that had arisen before the crucial date.

7. That this particular jurisdictional problem, as any other, requires close attention to be given to the intention of the State issuing its declaration with limitations or reservations was stated by the Permanent Court in the *Phosphates in Morocco* case and recently affirmed by this Court in case of *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment* (*I.C.J. Reports 1998*, p. 454, para. 49). It is striking that the Federal Republic of Yugoslavia did not advance arguments before the Court suggesting either continuing events or a continuing dispute (the latter not having been an issue in *Phosphates in Morocco*). It squarely based itself on a dispute it perceived as arising, and situations and facts that it perceived as occurring, after the crucial date of 25 April. It did not wish any dispute there may have been between itself and Spain prior to 25 April to be subject to the Court's jurisdiction, nor any situations and facts relating to such dispute; which element may be thought to have been covered by Article 1 (*b*) of Spain's own declaration. That was the intention of the Federal Republic of Yugoslavia and it was clear. But within that intent there was also a hope — the hope that there could be identified a dispute that arose only *after* 25 April. Certainly there were events, occurring after 25 April, that were the subject of the Federal Republic of Yugoslavia's complaint (though these were not specified by date or in any detail). But the Court has not been able to see a dispute arising only after 25 April. The claim that aerial bombing by NATO, and NATO States, was illegal, was made in the Security Council on 24 March and 26 March, and rebutted there. The conditions specified in the *Mavrommatis* case (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*) for the existence of a dispute were thus met at that time.

8. No doubt the continuation of the bombing and the targets hit after 25 April has aggravated and intensified the dispute. But every aerial bombardment subsequent to 25 April does not constitute a new dispute. In short, there are situations and facts occurring subsequent to the crucial date, but there is not at the present time a dispute *arising* subsequent to that date. In effectively realizing the intention (which the Court must respect) of its declaration, the Federal Republic of Yugoslavia was not able also to realize its hope. Its declaration accordingly fails to invest the Court with jurisdiction.

ne «modif[iaient] aucunement l'état de choses créé à cet égard» par les événements antérieurs (C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 27). Il n'était pas non plus possible de séparer les faits et les situations invoqués de ceux qui étaient antérieurs à la date critique.

7. La Cour permanente a donc déclaré dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* que ce problème particulier de compétence impose, comme n'importe quel autre problème dans ce domaine, de considérer avec soin l'intention de l'Etat qui assortit sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour de certaines limitations ou réserves et la Cour actuelle l'a récemment affirmé aussi dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* : *compétence de la Cour, arrêt*, (C.I.J. Recueil 1998, p. 454, par. 49). Il est étonnant que la Yougoslavie n'ait pas plaidé devant la Cour soit le caractère continu de certains événements, soit le caractère continu du différend (ce dernier point n'ayant pas fait problème dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*). La Yougoslavie s'est fermement appuyée sur un différend perçu comme ayant surgi et sur des situations et des faits perçus comme s'étant produits après la date critique du 25 avril. La Yougoslavie ne voulait pas que tout différend qui aurait pu exister entre elle-même et l'Espagne antérieurement au 25 avril relève de la compétence de la Cour, non plus que certaines situations et certains faits en rapport avec ce différend, éléments susceptibles d'être couverts par l'alinéa b) de l'article 1 de la déclaration de l'Espagne. C'était là l'intention de la Yougoslavie et cette intention était claire. Mais cette intention renfermait aussi un espoir — l'espoir qu'il serait possible d'établir l'existence d'un différend qui n'aurait surgi que *postérieurement* au 25 avril. Certes, il s'est produit postérieurement au 25 avril des événements qui font bien l'objet de la plainte de la Yougoslavie (encore que ces événements n'aient pas été définis par leur date ni par des détails). Mais la Cour n'a pas été en mesure de constater la présence d'un différend qui n'aurait surgi que postérieurement au 25 avril. La plainte suivant laquelle les bombardements aériens de l'OTAN et des Etats membres de l'OTAN étaient illicites a été formulée au Conseil de sécurité les 24 et 26 mars et a été refusée au Conseil. Les conditions à réunir pour qu'existe un différend telles qu'elles ont été définies dans l'affaire *Mavrommatis (Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2)* ont donc été réunies à ce moment-là.

8. Incontestablement, la poursuite des bombardements et les frappes atteignant leurs objectifs postérieurement au 25 avril ont aggravé et intensifié le différend. Mais chacun des bombardements aériens postérieurs au 25 avril ne constitue pas un différend nouveau. En résumé, il y a des situations et des faits qui se produisent postérieurement à la date critique, mais il n'existe pas actuellement de différend *en train de surgir* postérieurement à cette date. Tout en concrétisant bien l'intention mise dans sa déclaration d'acceptation (intention que la Cour se doit de respecter), la République fédérale de Yougoslavie n'a pas été en mesure de concrétiser en outre l'espoir qu'elle y mettait aussi. En conséquence, sa déclaration ne donne pas compétence à la Cour.

9. Of course, in the *Phosphates in Morocco* case the Court was addressing temporal limits at the phase of preliminary objections. But because the Court must be satisfied that it has jurisdiction, at least *prima facie*, before considering whether the conditions of Article 41 of the Statute are met for the indication of interim measures of protection, the question must be dealt with here at this stage, albeit on a provisional basis.

10. Complex issues arise for the Court in satisfying itself that it has a jurisdiction at least sufficient to consider indicating provisional measures under Article 41 of the Statute.

11. Minimal guidance is provided in the statute and in the Rules of Court as to legal requirements relating to the indication of provisional measures. Article 41 of the Statute merely provides that the Court "shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party". This shows both the function of interim measures and the fact that the Court has a discretion as to their indication — but nothing else. The Rules of Procedure in their successive versions have provided little guidance on the application of Article 41 of the Statute, with those of 1936 and 1978 reflecting the most significant developments in the practice (for details, see Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice*, 2nd ed.). It has been through the case law of the Court that the many different legal elements relating to provisional measures have evolved (no interim judgment to be given: case concerning the *Factory at Chorzów*, P.C.I.J., Series A, No. 12; nexus between rights to be protected and the measures sought: *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, P.C.I.J., Series A/B, No. 48; *Polish Agrarian Reform and German Minority*, P.C.I.J., Series A/B, No. 58; meaning of the protection of the rights of the parties; the question of extension and aggravation of the dispute: *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, P.C.I.J., Series A/B, No. 79).

12. It is equally through its case law that the Court has had to address the jurisdictional problems that arise when a request for the indication of provisional measures is made before the Court has definitively established its jurisdiction in a case.

13. In the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, the Court stated that, because "it cannot be accepted *a priori*" that the claim "falls completely outside the scope of international jurisdiction" the Court could entertain the request for interim measures of protection (*Interim Protection, Order of 5 July 1951*, I.C.J. Reports 1951, p. 93). At the same time, the Court noted that the indication of such measures "in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case and leaves unaffected the right of the Respondent to submit arguments against such jurisdiction" (*ibid.*).

14. This latter statement of the consequences for subsequent phases of

9. Certes, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour examinait les limitations d'ordre temporel de la déclaration d'acceptation au stade des exceptions préliminaires. Mais la Cour devant s'assurer qu'elle est compétente, tout au moins *prima facie*, avant d'examiner si les conditions prescrites à l'article 41 du Statut pour l'indication de mesures conservatoires sont bien réunies, il faut en l'espèce traiter la question à ce stade-ci, à titre provisoire toutefois.

10. Des questions complexes se posent à la Cour quand elle veut s'assurer qu'elle est compétente, ne serait-ce qu'assez compétente pour envisager d'indiquer des mesures conservatoires conformément à l'article 41 du Statut.

11. Le Statut et le Règlement de la Cour ne donnent qu'un minimum d'indications quant aux conditions d'ordre juridique qui président à la prescription de mesures conservatoires. L'article 41 du Statut stipule simplement que la Cour «a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire». Cela dit quel est le rôle des mesures conservatoires et cela dit aussi que la Cour jouit d'une certaine latitude quant à l'indication de telles mesures — mais cela ne dit rien d'autre. Le Règlement, dans ses versions successives, ne fournit pas beaucoup d'éléments utiles sur l'application de l'article 41 du Statut, les versions de 1936 et de 1978 montrant à cet égard les points les plus importants de l'évolution de la pratique (pour avoir des détails, voir Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 2^e éd.). C'est à travers la jurisprudence de la Cour que les nombreux éléments différents d'ordre juridique concernant les mesures conservatoires ont évolué (il ne faut pas rendre d'arrêt provisoire: affaire de l'*Usine de Chorzów*, C.P.J.I. série A n° 12; le lien entre les droits à protéger et les mesures demandées: *Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland*, C.P.J.I. série A/B n° 48; *Réforme agraire polonaise et minorité allemande*, C.P.J.I. série A/B n° 58; signification de la protection des droits de chacun; question de l'extension et de l'aggravation du différend; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, C.P.J.I. série A/B n° 79).

12. C'est également par sa pratique que la Cour a dû examiner les problèmes de juridiction qui se posent quand elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires avant d'avoir établi définitivement qu'elle est compétente pour connaître de l'affaire.

13. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, la Cour a dit que, parce qu'«on ne saurait admettre *a priori*» qu'une demande «échappe complètement à la juridiction internationale», la Cour pouvait examiner la demande en indication de mesures conservatoires (*mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951*, C.I.J. Recueil 1951, p. 93). En même temps, la Cour a considéré que l'indication de telles mesures «ne préjuge en rien la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire et laisse intact le droit du défendeur de faire valoir ses moyens à l'effet de la contester» (*ibid.*).

14. Cette dernière déclaration de principe relative aux conséquences

an Order for interim measures has remained essentially unchanged over the years. However, the jurisdictional pre-requisites for the issuance of interim measures of protection have undergone important developments in the jurisprudence. Indeed, the debate had already been heavily engaged within the *Anglo-Iranian Oil Co.* case itself. In their dissenting opinions, Judges Winarski and Badawi Pasha viewed the Court as finding that it was competent to indicate interim measures of protection "if prima facie the total lack of jurisdiction of the Court is not patent, that is . . . there is a possibility, however remote, that the Court may be competent" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 97). But observing that interim measures of protection were in international law even more exceptional than in municipal law, as they were "a scarcely tolerable interference in the affairs of a sovereign State", they ought not to be indicated unless the Court's jurisdiction was "reasonably probable".

15. In *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, the Court refined the formula, stating that when considering a request for the indication of provisional measures, it had no need "finally to satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest" (*Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972*, p. 15).

16. In the *Nuclear Tests* case (1973), France insisted that the Court was "manifestly not competent in the case". The Court, departing in part from the formula it had used the year before in the *Fisheries Jurisdiction* case, stated that it "need not . . . finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case", but that it ought not to indicate provisional measures "unless the provisions invoked by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (*Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 101). In none of the next three provisional measures cases (*Trial of Pakistani Prisoners of War, Order of 13 July 1973, I.C.J. Reports 1993*, p. 328; *Aegean Sea Continental Shelf, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976*, p. 3; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Order of 17 December 1979, I.C.J. Reports 1979*, p. 7) was the question of jurisdiction the main basis for the order.

17. In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Provisional Measures (Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984*, p. 179) the Court came back to the issue, repeating the exact formula of the *Nuclear Tests* case. That formula is now firmly established (*Arbitral Award of 31 July 1989, Provisional Measures, Order of 2 March 1990, I.C.J. Reports 1990*, pp. 68-69; *Passage through the Great Belt (Finland*

d'une ordonnance prescrivant des mesures conservatoires pour la suite de la procédure est restée pratiquement inchangée avec le temps. En revanche, les préalables d'ordre juridictionnel autorisant à prescrire des mesures conservatoires ont beaucoup évolué dans la jurisprudence de la Cour. Au reste, le débat s'était d'ores et déjà activement engagé avec l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* elle-même. Dans leur opinion dissidente commune, les juges Winiarski et Badawi Pasha constatent que la Cour estime pouvoir indiquer des mesures conservatoires «si *prima facie* l'incompétence totale n'est pas évidente, donc s'il existe une possibilité, si faible soit-elle, de compétence pour la Cour» (C.I.J. *Recueil* 1951, p. 97). Mais les mêmes auteurs font observer qu'en droit international, ces mesures ont un caractère exceptionnel à un plus haut degré encore qu'en droit interne car elles représentent «une ingérence à peine tolérable dans les affaires d'un Etat souverain», de sorte qu'il ne faut pas indiquer de telles mesures sauf si la compétence de la Cour est «raisonnablement probable».

15. Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, la Cour a affiné la formule, déclarant que, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, elle n'a pas besoin «de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais ... ne doit cependant pas appliquer l'article 41 du Statut lorsque son incompétence au fond est manifeste» (*mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil* 1972, p. 15).

16. Dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1973), la France a dit avec fermeté que la Cour était manifestement «incompétente en l'espèce». S'écartant légèrement de la formule qu'elle avait employée l'année précédente dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour a dit alors qu'elle «n'a pas besoin ... de s'assurer de façon concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire», mais qu'elle ne doit pas indiquer de telles mesures «si les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée» (*Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil* 1973, p. 101). Dans aucune des trois affaires de mesures conservatoires qui ont suivi (*Procès de prisonniers de guerre pakistanais, ordonnance du 13 juillet 1973, C.I.J. Recueil* 1973, p. 328; *Plateau continental de la mer Egée, ordonnance du 11 septembre 1976, C.I.J. Recueil* 1976, p. 3; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil* 1979, p. 7), la question de la compétence n'a constitué le principal fondement de l'ordonnance.

17. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, mesures conservatoires, (ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil* 1984, p. 179) la Cour est revenue sur la question, reprenant exactement la formule qu'elle avait employée dans l'affaire des *Essais nucléaires*. Cette formule est désormais solidement établie (*Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, mesures conservatoires, ordonnance du*

v. Denmark), *Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991, p. 17*; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 11*, and *Order of 13 September 1993, ibid.*, pp. 16-17; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 12*; *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998, p. 255, para. 23*; and *LaGrand, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 13, para. 13*).

18. Thus a party seeking the indication of provisional measures must show a *prima facie* basis upon which the Court's jurisdiction in the case might be founded. That being said, several questions (which have a particular relevance in the present case) remain. What is sufficient to show the required "*prima facie*" basis for jurisdiction? And what jurisdictional matters will the Court look at, as necessary for this purpose, at the provisional measures stage, and what will it reserve for any further hearings on jurisdiction?

19. It is the practice of the Court that weighty and complex arguments relating to its jurisdiction will not usually be addressed at the provisional measures phase but rather will be regarded as appropriate for resolution only at the preliminary objections phase. The Co-Agent of the Swiss Government in the *Interhandel* case suggested that the Court would not wish, at the interim measures phase, to adjudicate "upon so complex and delicate a question as the validity of the American reservation" (*Interhandel, Interim Protection, Order of 24 October 1957, I.C.J. Reports 1957, p. 111*). The Court, there being able to base its refusal to indicate provisional measures on other grounds, gave no answer to this question. In the *Nuclear Tests* case of 1973, Australia advanced detailed arguments alleging the continued validity and applicability of the General Act of 1928 as a separate basis for jurisdiction. Without distinguishing the General Act from Article 36 of the Statute, the Court satisfied itself with saying that "the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (*Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 102*).

20. In the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case (1984), the Court was faced, at the provisional measures stage, with very complicated arguments relating both to the legal effect of the United States declaration of 6 April 1984 and to the apparent failure of Nicaragua to have deposited an instrument of ratification of the protocol to bring its adherence to the Statute of the Permanent Court of Interna-

2 mars 1990, C.I.J. Recueil 1990, p. 68-69; *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 17; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 11, et ordonnance du 13 septembre 1993, *ibid.*, p. 16-17; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I) p. 12; *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 255, par. 23; et *LaGrand*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 13, par. 13).

18. Donc, quand l'une des parties présente une demande en indication de mesures conservatoires, elle doit montrer qu'il existe *prima facie* une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée. Cela dit, il se pose encore plusieurs questions (qui intéressent tout particulièrement la présente espèce). Qu'est-ce qui suffit à montrer l'existence de la base de compétence *prima facie* dont on a besoin? Et quelles questions juridictionnelles la Cour va-t-elle examiner au stade des mesures conservatoires parce qu'elles sont indispensables pour fonder la compétence *prima facie*, et quelles questions d'ordre juridictionnel va-t-elle réserver, le cas échéant, à un examen ultérieur sur la compétence?

19. Dans sa pratique, la Cour n'examine habituellement pas au stade des mesures conservatoires les fortes raisons et les thèses complexes qui lui sont présentées au sujet de sa compétence, elle attend plutôt pour statuer à cet égard la phase des exceptions préliminaires. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, le coagent du Gouvernement suisse a émis l'idée que, au stade des mesures conservatoires, la Cour ne voudrait pas se prononcer «sur une question aussi complexe et délicate que la validité de la réserve américaine» (*Interhandel*, mesures conservatoires, ordonnance du 24 octobre 1957, C.I.J. Recueil 1957, p. 111). La Cour, qui pouvait en l'espèce faire appel à d'autres motifs pour refuser d'indiquer des mesures conservatoires, n'a pas répondu à cette question. Dans l'affaire des *Essais nucléaires* de 1973, l'Australie a présenté une argumentation détaillée, alléguant que l'Acte général de 1928 était encore en vigueur et applicable, constituant ainsi un fondement de compétence indépendant. Sans faire de distinction entre l'Acte général et l'article 36 du Statut, la Cour a conclu que «les dispositions invoquées par le demandeur se présent[ai]ent comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 102).

20. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (1984), la Cour s'est trouvée, au stade des mesures conservatoires, face à des thèses extrêmement complexes portant sur l'effet juridique de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite le 6 avril 1984 par les Etats-Unis, d'une part, et, de l'autre, sur le fait qu'apparemment le Nicaragua n'avait pas déposé d'ins-

tional Justice into effect. The Court briefly recounted the legal problems associated with each of these provisions and stated that it:

"will not now make any final determination of the question of the present validity or invalidity of the declaration of 24 September 1929, and the question whether or not Nicaragua accordingly was or was not, for the purpose of Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court a 'State accepting the same obligation' as the United States of America at the date of filing of the Application, so as to be able to rely on the United States declaration of 26 August 1946, nor of the question whether, as a result of the declaration of 6 April 1984, the present Application is excluded from the scope of the acceptance by the United States of the compulsory jurisdiction of the Court . . ." (*Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984*, p. 180).

The Court satisfied itself with saying that "the two declarations do nevertheless appear to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (*ibid.*).

21. In the present case the Court has also not made any final determination upon the question of the Federal Republic of Yugoslavia's status or otherwise as a Member of the United Nations and thus as a party to the Statute having the right to make a declaration under Article 36, paragraph 2, thereof. This is clearly a matter of the greatest complexity and importance and was, understandably, not the subject of comprehensive and systematic submissions in the recent oral hearings on provisional measures.

22. Of course, just as with the question of Nicaragua's ratification of its adherence to the Statute of the Permanent Court in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, it might be thought that the status of the Federal Republic of Yugoslavia was a necessary "préalable" to everything else. But when dealing with provisional measures the Court is faced with unavoidable tensions between the demands of logic and the inability to determine with finality when operating under urgency in response to a request for provisional measures. The operational principle is that matters of deep complexity will if possible be left to one side in determining the *prima facie* jurisdiction of the Court for purposes of Article 41.

23. In the *Nuclear Tests* cases and in the *Military and Paramilitary Activities* case, the Court equally held over certain arguments relating to declarations under the Statute. By contrast, the Court in this case has addressed, for purposes of provisional measures, both the terms of the declarations of the Federal Republic of Yugoslavia and Spain and the interaction of the declarations of the Federal Republic of Yugoslavia and Spain.

trument de ratification du protocole pour rendre effective son adhésion au Statut de la Cour permanente de Justice internationale. La Cour a rapidement fait le point des problèmes d'ordre juridique liés à chacune de ces dispositions et elle a considéré qu'elle :

« n'entend[ait] pas se prononcer définitivement pour l'instant sur la question de savoir si la déclaration du 24 septembre 1929 est valable ou non et si en conséquence le Nicaragua est ou n'est pas, aux fins de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour, un « Etat acceptant la même obligation » que les Etats-Unis d'Amérique à la date du dépôt de la requête, de manière à pouvoir se prévaloir de la déclaration américaine du 26 août 1946, ni sur celle de savoir si, du fait de la déclaration du 6 avril 1984, la présente requête n'entre plus dans le cadre de l'acceptation par les Etats-Unis de la juridiction obligatoire de la Cour... » (*ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 180*).

La Cour s'est contentée de dire : « les deux déclarations paraissent constituer néanmoins une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée » (*ibid.*).

21. Dans la présente espèce, la Cour ne s'est pas non plus prononcée définitivement sur la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était toujours ou non Membre des Nations Unies et, dans l'affirmative, partie à ce titre au Statut ayant le droit de faire une déclaration en vertu de l'article 36, paragraphe 2, dudit Statut. Il s'agit là d'une question extrêmement complexe et importante et il est compréhensible qu'elle n'ait pas fait l'objet d'exposés approfondis et systématiques lors de la procédure orale récente portant sur l'indication de mesures conservatoires.

22. Bien sûr, tout comme il en fut pour la question de la ratification par le Nicaragua de son adhésion au Statut de la Cour permanente dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, on peut penser qu'en l'espèce, le statut de la République fédérale de Yougoslavie constituait un préalable indispensable à tout le reste. Mais, quand elle se penche sur une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour est aux prises avec d'inévitables tensions entre les exigences de la logique et l'impossibilité où elle se trouve de se prononcer à titre définitif quand elle est en proie à l'urgence. Pour pouvoir agir, le principe qu'elle adopte est que les questions d'une grande complexité seront, s'il est possible, laissées de côté quand elle établit si elle a *prima facie* compétence aux fins de l'article 41 de son Statut.

23. Dans les affaires des *Essais nucléaires* et dans celle des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a, chaque fois, laissé de même en suspens certaines thèses concernant les déclarations faites en vertu du Statut. Par opposition, dans la présente espèce, la Cour, aux fins de l'indication de mesures conservatoires, a examiné le texte même des déclarations de la République fédérale de Yougoslavie et de l'Espagne ainsi que l'interaction de ces deux déclarations de la République fédérale de Yougoslavie et de l'Espagne.

24. The prima facie test of jurisdiction does not make it sufficient merely to note the very existence of two declarations at this stage. This is not to be deduced from the statement of the Court in the *Cameroon v. Nigeria* provisional measures case that "the declarations made by the Parties in accordance with Article 36, paragraph 2, of the Statute constitute a prima facie basis upon which its jurisdiction in the present case might be founded" (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 21, para. 31). The Nigerian request for a reconsideration of the rule in the *Rights of Passage* case, as it bore on the interpretation of its own declaration, clearly fell into that category of complex and weighty objections to jurisdiction that had to be deferred for proper consideration until the preliminary objections phase. In that particular light (and because the *Rights of Passage* principle was well established in the Court's case law), the declarations would in the meantime be treated as establishing prima facie jurisdiction.

25. The same guiding principles apply to treaties said to provide a basis for the Court's jurisdiction. Thus the several complicated arguments that had been advanced in connection with Article IX of the Genocide Convention were not addressed in the provisional measures phase of the *Genocide* case of 1993; and it was against that background that the Court said that Article IX of the Convention appeared to "afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 16; and *Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 342).

26. But it should not be thought that mere invocation of a jurisdictional clause, with nothing more, suffices to establish a prima facie basis of the Court's jurisdiction. It cannot be otherwise, because the jurisdiction of the Court — even if one might regret this state of affairs as we approach the twenty-first century — is based on consent. And consent to jurisdiction cannot be established, even prima facie, when it is clear from the terms of the declarations themselves that the necessary consent is not prima facie present, or simply is not present, *simpliciter*. As Sir Hersch Lauterpacht put it in his separate opinion in the *Interhandel* case, the test of jurisdiction of the Court prima facie is met if, in the relevant instruments, there are "no reservations obviously excluding its jurisdiction" (*I.C.J. Reports 1957*, pp. 118-119). Reservations relevant for this purpose are both those in a State's own declaration and those that it may rely on reciprocally.

27. Yugoslavia made no submission at all to the Court on either the Optional Clause declaration of Spain or on its interplay with its own reservation. It did not explain why the provisions of Article 1 (*e*) of the dec-

24. Le critère de la compétence *prima facie* ne permet pas de se contenter de prendre acte de l'existence de deux déclarations à ce stade. Ce n'est pas ce qu'il faut déduire de l'extrait de l'ordonnance que la Cour rend au stade des mesures conservatoires dans l'affaire *Cameroun v. Nigéria*, quand elle dit que «les déclarations faites par les Parties conformément au paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut constitue *prima facie* une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée en l'espèce» (C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 21, par. 31). Le Nigéria souhaitait voir la Cour revenir sur la règle de l'affaire du *Droit de passage*, parce que cela avait une incidence sur l'interprétation à donner à sa propre déclaration, mais cette demande relevait manifestement de cette catégorie d'exceptions à la compétence fort complexes et lourdes de conséquences dont il fallait différer tout examen véritable jusqu'au stade des exceptions préliminaires. Adoptant cette optique particulière, (et aussi parce que le principe de l'affaire du *Droit de passage* était solidement ancré dans sa jurisprudence), la Cour a décidé de traiter entre-temps les déclarations en question comme lui donnant compétence *prima facie*.

25. Les mêmes principes directeurs s'appliquent aux traités censés fonder la juridiction de la Cour. C'est pourquoi plusieurs thèses complexes présentées au sujet de l'article IX de la convention sur le génocide n'ont pas été examinées au stade des mesures conservatoires lors des affaires de 1993 relatives à l'*Application de la convention sur le génocide*; et c'est sur cette toile de fond que la Cour a dit alors que l'article IX de la convention semblait «constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993*, C.I.J. Recueil 1993, p. 16, et *ordonnance du 13 septembre 1993*, *ibid.*, p. 342).

26. Mais il ne faudrait pas penser pour autant qu'il suffit d'invoquer une clause juridictionnelle, sans plus, pour constituer en faveur de la Cour une base de compétence *prima facie*. Il ne peut en être autrement parce que la compétence de la Cour — quand bien même on regretterait cet état de choses à la veille du XXI^e siècle — repose sur le consentement. Et le consentement à la compétence ne peut pas être établi, fût-ce *prima facie*, quand il ressort clairement du texte même de la déclaration d'acceptation de la juridiction que ce consentement indispensable n'existe pas *prima facie*, ou plus simplement encore, n'existe pas. Comme l'a dit sir Hersch Lauterpacht dans son opinion individuelle à l'issue de l'affaire de l'*Interhandel*, les critères de la compétence *prima facie* de la Cour sont remplis quand il n'existe dans les instruments pertinents «aucune réserve excluant manifestement cette compétence» (C.I.J. Recueil 1957, p. 119). Les réserves pertinentes à cette fin sont à la fois celles qui figurent dans la propre déclaration d'un Etat et celles sur lesquelles ledit Etat peut compter par voie de réciprocité.

27. La Yougoslavie n'a formulé à l'intention de la Cour aucune conclusion sur la déclaration faite par l'Espagne au titre de la clause facultative ni sur le fait que cette déclaration pourrait intervenir dans l'application

laration of Spain did not exclude the jurisdiction of the Court on the particular facts of this case. But the Court cannot fail to consider these matters, and none of them is so obscure and complicated that it could not be dealt with at this stage; and nor was that suggested by Yugoslavia.

28. As the Court stated in the *Norwegian Loans* case: "since two unilateral declarations are involved [reciprocal] jurisdiction is conferred upon the Court only to the extent to which the Declarations coincide in conferring it" (*Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 23). And the Court clearly stated in *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* that:

"Conditions or reservations thus do not by their terms derogate from a wider acceptance already given. Rather, they operate to define the parameters of the State's acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court." (*I.C.J. Reports 1998*, p. 453, para. 44.)

Each of these dicta appears in the judgments on jurisdiction, these not having been provisional measures cases. But a State seeking the introduction of provisional measures must show that jurisdiction *prima facie* exists, notwithstanding conditions, reservations and the operation of reciprocity between declarations.

29. The restraint upon the liberty of action of a State that necessarily follows from the indication of provisional measures will not be countenanced unless, *prima facie*, there is jurisdiction. But an absence of *prima facie* jurisdiction at this stage and for this purpose does not necessarily mean that jurisdiction may not, in the event, later be established. However, if in considering whether there is jurisdiction *prima facie* for purposes of Article 41 of the Statute, it is clear beyond doubt that no jurisdiction exists in a particular case, good administration of justice requires that the case be immediately struck off the List *in limine*.

* * *

30. Finally, it should not be thought that the Court, because it has had to address the question of its *prima facie* jurisdiction in the case brought by the Federal Republic of Yugoslavia, is indifferent to the great suffering in Kosovo and Yugoslavia. Indeed, the preambular paragraphs to its Order show otherwise. Nor does it seek to avoid making its contribution to an elucidation of the heavily contested issues of law. But the Court can take on its responsibilities within the United Nations system and use its

de sa propre réserve. Elle n'a expliqué pourquoi les dispositions de l'alinéa c) de l'article 1 de la déclaration de l'Espagne n'excluaient pas que la Cour soit compétente pour connaître des faits particuliers de l'espèce. Mais la Cour ne peut pas s'abstenir de considérer ces questions et aucune d'elles n'est à ce point obscure et complexe qu'elle ne puisse pas être examinée à ce stade; la Yougoslavie n'a pas non plus laissé entendre que tel était le cas.

28. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, quand «il s'agit de deux déclarations unilatérales, ... compétence lui est conférée [par voie de réciprocité] seulement dans la mesure où elles coïncident pour la lui conférer» (*arrêt*, C.I.J. Recueil 1957, p. 23). Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, la Cour a déclaré nettement:

«les conditions ou réserves, de par leur libellé, n'ont donc pas pour effet de déroger à une acceptation de caractère plus large déjà donnée. Elles servent plutôt à déterminer l'étendue de l'acceptation par l'Etat de la juridiction obligatoire de la Cour.» (C.I.J. Recueil 1998, p. 453, par. 44.)

Chacun de ces prononcés, de la part de la Cour, figure dans des décisions relatives à la compétence, car il ne s'agissait pas d'affaires relatives à l'indication de mesures conservatoires. Mais il faut que l'Etat qui demande à la Cour d'adopter des mesures conservatoires montre qu'elle est *prima facie* compétente, indépendamment des conditions ou des réserves accompagnant les déclarations et du jeu de la réciprocité d'une déclaration à l'autre.

29. Les restrictions à la liberté d'action d'un Etat qui accompagnent obligatoirement l'indication de mesures conservatoires ne seront pas tolérées à moins qu'il n'y ait compétence *prima facie*. Mais l'absence de compétence *prima facie* à ce stade et à cette fin ne veut pas nécessairement dire qu'il ne sera pas possible, le cas échéant, d'établir ultérieurement que la Cour est compétente. Toutefois, si, quand on examine si la Cour est compétente *prima facie* aux fins de l'article 41 du Statut, il apparaît clairement, sans l'ombre d'un doute, qu'elle n'est pas compétente pour connaître d'une affaire donnée, la bonne administration de la justice impose de rayer immédiatement l'affaire du rôle *in limine*.

* * *

30. Un dernier mot: il ne faudrait pas non plus penser que, parce qu'elle a dû examiner la question de sa compétence *prima facie* dans l'affaire introduite par la République fédérale de Yougoslavie, la Cour reste indifférente aux souffrances endurées par le Kosovo et par la Yougoslavie. Du reste, le préambule de son ordonnance montre que tel n'est pas le cas. Elle ne cherche pas non plus à éviter de participer à la solution des problèmes de droit qui se posent et qui donnent lieu à d'intenses

judicial authority and creativity only when it has jurisdiction. In this case, the Court's jurisdiction has yet to be established even *prima facie*.

(Signed) Rosalyn HIGGINS.

débats. Mais la Cour ne peut assumer ses responsabilités dans le cadre du système des Nations Unies et faire appel à son autorité et à sa créativité judiciaires que lorsqu'elle est compétente. Dans la présente affaire, la compétence de la Cour est encore à établir, fût-ce *prima facie*.

(Signé) Rosalyn Higgins.

SEPARATE OPINION OF JUDGE PARRA-ARANGUREN

1. Notwithstanding my vote for the operative part of the Order, with the exception of paragraph 2, I consider it necessary to make the following observations.

2. Preliminary objections are regulated by Subsection 2 of Section D within Part III of the Rules of Court. Article 79, paragraph 1, provides as follows:

"Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial."

3. Paragraph 7 of the same Article 79 adds:

"After hearing the parties, the Court shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall either uphold the objection, reject it, or declare that the objection does not possess in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character. If the Court rejects the objection or declares that it does not possess an exclusively preliminary character, it shall fix time-limits for the further proceedings."

4. The Court has no discretionary powers to depart from the Rules established by Article 79. The present proceedings have not yet reached the stage of preliminary objections. Therefore, when deciding upon a request for provisional measures, in my opinion the Court can neither make its final determination on jurisdiction nor order the removal of the case from the Court's List.

(Signed) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. PARRA-ARANGUREN

[Traduction]

1. J'ai voté pour le dispositif de l'ordonnance, à l'exception de son paragraphe 2, mais j'estime devoir formuler les observations ci-après:

2. Les exceptions préliminaires sont régies par les dispositions de la sous-section de la section D du titre III du Règlement de la Cour. L'article 79, paragraphe 1 dispose:

«Toute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire.»

3. Le paragraphe 7 du même article 79 ajoute:

«7. La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. Si la Cour rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure.»

4. La Cour n'est pas dotée de pouvoirs discrétionnaires l'autorisant à s'écarter des règles fixées par l'article 79. La procédure actuelle n'a pas encore atteint le stade des exceptions préliminaires. Par conséquent, quand elle statue sur une requête en indication de mesures conservatoires, la Cour à mon avis ne peut pas rendre une décision définitive sur la compétence ni ordonner que l'affaire soit rayée de son rôle.

[Signé] Gonzalo PARRA-ARANGUREN.

SEPARATE OPINION OF JUDGE KOOLJMAN

1. I have voted in favour of the Court's decision that the request for the indication of provisional measures submitted by the Federal Republic of Yugoslavia must be rejected. I also agree with the Court's finding that Article IX of the Genocide Convention can not constitute a basis of jurisdiction, even *prima facie*.

2. I do not agree, however, with the Court's view that Yugoslavia's declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court of 25 April 1999 cannot provide a basis of jurisdiction in the present case, even *prima facie*, because of the reservation incorporated in the declaration of Spain.

It is my opinion that in this respect the Court's reasoning is flawed from a logical point of view and is, therefore, inconsistent. I therefore feel compelled to set out my arguments which are based on the following factual and legal considerations.

3. In its Application the Government of the Federal Republic of Yugoslavia invoked Article 36, paragraph 2, of the Statute as a legal ground for the Court's jurisdiction. It may be recalled that on 25 April 1999 Yugoslavia recognized the compulsory jurisdiction of the Court by depositing a declaration of acceptance with the Secretary-General of the United Nations. This declaration contains a limitation *ratione temporis*; the jurisdiction of the Court is only recognized with regard to disputes "arising or which may arise after the signature of the present Declaration, with regard to the situations or facts subsequent to this signature".

4. During the oral hearings the Respondent, which also has accepted the compulsory jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 2, of the Statute, contended that the Court lacks *prima facie* jurisdiction and that, consequently, the conditions for the indication of interim measures of protection are not met. With regard to the declaration of acceptance of 25 April 1999 the Respondent maintained that it is invalid since Yugoslavia is not a Member of the United Nations and therefore not a party to the Statute, whereas Article 36, paragraph 2, explicitly states that declarations under that provision can only be made by States which are party to the Statute. Spain further invoked a reservation in its own declaration of acceptance as preventing the Court from having jurisdiction.

5. In this respect it is relevant to recall that at the time of the proclamation of the Federal Republic of Yugoslavia a declaration was adopted by its parliamentary organs in which it is stated that the "Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international, legal and political

OPINION INDIVIDUELLE DE M. KOOIJMANS

[Traduction]

1. J'ai voté pour la décision par laquelle la Cour estime devoir rejeter la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République fédérale de Yougoslavie. Je souscris également à la décision de la Cour quand celle-ci dit que l'article IX de la convention sur le génocide ne constitue pas une base de juridiction, fût-ce *prima facie*.

2. En revanche, je n'accepte pas l'idée retenue par la Cour que la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par la Yougoslavie le 25 avril 1999 ne peut pas constituer de base de juridiction en l'espèce, fût-ce *prima facie*, en raison de la réserve que contient la déclaration de l'Espagne.

A mon sens, c'est à cet égard que le raisonnement de la Cour me paraît manquer de logique et qu'il ne tient donc pas. C'est pourquoi j'estime devoir exposer mon propre raisonnement qui s'appuie sur les considérations de fait et de droit ci-après.

3. Dans sa requête, le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie invoque l'article 36, paragraphe 2, du Statut, pour fonder juridiquement la compétence de la Cour. On sait que le 25 avril 1999, la Yougoslavie a reconnu la juridiction obligatoire de la Cour en déposant une déclaration d'acceptation auprès du Secrétaire général des Nations Unies. Cette déclaration comprend une limitation *ratione temporis*: la juridiction de la Cour n'est reconnue qu'en ce qui concerne les différends «surgissant ou pouvant surgir après la signature de la présente déclaration, qui ont trait à des situations ou à des faits postérieurs à ladite signature».

4. Lors de la procédure orale, le défendeur, qui a également accepté la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, a soutenu que la Cour n'est pas compétente *prima facie* et que, par conséquent, les conditions à remplir aux fins de l'indication de mesures conservatoires ne sont pas réunies. Au sujet de la déclaration d'acceptation du 25 avril 1999, le défendeur dit qu'elle n'est pas valable puisque la Yougoslavie n'est pas membre des Nations Unies et n'est par conséquent pas partie au Statut, alors que l'article 36, paragraphe 2, dispose expressément que les déclarations faites en vertu de cette disposition ne peuvent l'être que par des Etats parties au Statut. L'Espagne a en outre invoqué une réserve figurant dans sa propre déclaration qui empêche la Cour d'avoir compétence.

5. A ce sujet, il est bon de rappeler qu'au moment où a été proclamée la République fédérale de Yougoslavie, ses organes parlementaires ont adopté une déclaration dans laquelle il est dit que «la République fédérale de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité

personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally".

6. After a note, containing a virtually identical statement, had been submitted by the Yugoslav Permanent Mission in New York to the Secretary-General of the United Nations and had been circulated to the member States, the Security Council decided that a presidential statement be issued in which it was noted that the Council members were of the opinion that the Yugoslav communication did not prejudice decisions that might be taken by appropriate United Nations bodies.

7. Such decisions were taken five months later. On 19 September 1992 the Security Council adopted resolution 777 (1992); the relevant parts read as follows:

"The Security Council,

Considering that the State formerly known as the Socialist Federal Republic of Yugoslavia has ceased to exist,

1. Considers that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations; and therefore recommends to the General Assembly that it decide that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly;

2. Decides to consider the matter again before the end of the main part of the forty-seventh session of the General Assembly."

8. Three days later, on 22 September 1992, the General Assembly adopted resolution 47/1, which reads as follows:

"The General Assembly,

Having received the recommendation of the Security Council of 19 September 1992 that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly,

1. Considers that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations; and therefore decides that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly;

juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international».

6. Après que la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies à New York eut adressé au Secrétaire général des Nations Unies une note contenant une déclaration pratiquement identique qui fut distribuée aux Etats Membres, le Conseil de sécurité a décidé de publier une déclaration présidentielle dans laquelle il était indiqué que les membres du Conseil étaient d'avis que cette communication de la Yougoslavie ne préjugait pas les décisions que pourraient prendre les organes compétents des Nations Unies.

7. Des décisions ont effectivement été prises cinq mois plus tard. Le 19 septembre 1992, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 777 (1992) dont les extraits pertinents sont les suivants:

«Le Conseil de sécurité,

.....
Considérant que l'Etat antérieurement connu comme la République fédérative socialiste de Yougoslavie a cessé d'exister,

.....
 1. *Considère* que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peut assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies et par conséquent *recommande* à l'Assemblée générale de décider que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies et qu'elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale;

2. *Décide* de réexaminer la question avant la fin de la partie principale de la quarante-septième session de l'Assemblée générale.»

8. Trois jours plus tard, le 22 septembre 1992, l'Assemblée générale a adopté sa résolution 47/1, qui se lit comme suit:

«L'Assemblée générale,

Ayant reçu la recommandation du Conseil de sécurité, en date du 19 septembre 1992, selon laquelle la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies et ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale,

1. *Considère* que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peut pas assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à la place de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie et, par conséquent, décide que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation et qu'elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale;

2. *Takes note* of the intention of the Security Council to consider the matter again before the end of the main part of the forty-seventh session of the General Assembly."

It may be observed that the resolution of the General Assembly does not reiterate the Security Council's consideration that "the State formerly known as the Socialist Federal Republic of Yugoslavia has ceased to exist".

9. On 29 September 1992 the Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations addressed a letter to the Permanent Representatives of Bosnia and Herzegovina and of Croatia in which he expressed "the considered view of the United Nations Secretariat regarding the practical consequences of the adoption by the General Assembly of resolution 47/1".

In this letter the Legal Counsel said that

"General Assembly resolution 47/1 deals with a membership issue which is not foreseen in the Charter of the United Nations, namely, the consequences for purposes of membership in the United Nations of the disintegration of a Member State on which there is no agreement among the immediate successors of that State or among the membership of the Organization at large".

He gave as his view that "the only practical consequence that the resolution draws is that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) shall not *participate* in the work of the General Assembly".

He added that

"the resolution neither terminates nor suspends Yugoslavia's *membership* in the Organization. Consequently, the seat and nameplate remain as before, but in Assembly bodies representatives of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot sit behind the sign 'Yugoslavia' . . . The resolution does not take away the right of Yugoslavia to participate in the work of organs other than Assembly bodies. The admission to the United Nations of a new Yugoslavia under Article 4 of the Charter will terminate the situation created by resolution 47/1."

10. On 5 May 1993 the General Assembly in resolution 47/229 decided that the Federal Republic of Yugoslavia would not participate in the work of the Economic and Social Council either. No follow-up was ever given to these resolutions of the appropriate organs.

11. The Court was already confronted with the question whether or not the Federal Republic of Yugoslavia is a Member of the United Nations and as such a party to the Statute when it dealt with the request for the indication of provisional measures in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

2. *Prend acte* de l'intention du Conseil de sécurité de reconsidérer la question avant la fin de la partie principale de la quarante-septième session de l'Assemblée générale.»

Il y a lieu de noter que, dans sa résolution, l'Assemblée générale ne reprend pas le considérant du Conseil de sécurité suivant lequel «l'Etat antérieurement connu comme la République fédérative socialiste de Yougoslavie a cessé d'exister».

9. Le 29 septembre 1992, le Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies a adressé aux représentants permanents de la Bosnie-Herzégovine et de la Croatie auprès des Nations Unies une lettre dans laquelle il leur communiquait «la position réfléchie du Secrétariat des Nations Unies en ce qui concerne les conséquences pratiques de l'adoption par l'Assemblée générale de la résolution 47/1».

Le conseiller juridique disait notamment dans sa lettre:

«La résolution 47/1 de l'Assemblée générale porte sur une question d'appartenance à l'Organisation qui n'est pas prévue par la Charte des Nations Unies, à savoir les conséquences sur le plan de l'appartenance à l'Organisation de la désintégration d'un Etat Membre s'il n'y a pas d'accord à ce sujet entre les successeurs immédiats de cet Etat ou entre les autres Etats Membres de l'Organisation.»

De l'avis du conseiller juridique, «l'unique conséquence pratique de cette résolution est que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale».

Il ajoutait que:

«La résolution ne met pas fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas. En conséquence, le siège et la plaque portant le nom de la Yougoslavie subsistent mais dans les organes de l'Assemblée les représentants de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peuvent occuper la place réservée à la «Yougoslavie» ... La résolution n'enlève pas à la Yougoslavie le droit de participer aux travaux des organes autres que ceux de l'Assemblée. L'admission à l'Organisation des Nations Unies d'une nouvelle Yougoslavie en vertu de l'article 4 de la Charte mettra fin à la situation créée par la résolution 47/1.»

10. Le 5 mai 1993, dans sa résolution 47/229, l'Assemblée générale a décidé que la République fédérale de Yougoslavie ne participerait pas non plus aux travaux du Conseil économique et social. Il n'a jamais été donné suite à ces résolutions des organes compétents.

11. La Cour s'est déjà trouvée face à la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie est ou non Membre des Nations Unies et, à ce titre, partie au Statut quand elle a été saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires dans l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

The Court, however, was of the opinion that at that stage of the proceedings there was no need to determine definitively Yugoslavia's status. In what certainly must be called an understatement the Court called "the solution adopted [by the General Assembly in resolution 47/1] . . . not free from legal difficulties" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 18).

12. In the *Genocide* case the Court's view that it was not necessary to deal with the issue of Yugoslavia's membership of the United Nations was understandable and even logical since the Court had in any event *prima facie* jurisdiction under Article IX of the Genocide Convention.

In the present case, however, the Court has found that the reservation which Spain has made with regard to Article IX of the Convention prevents it from assuming that it has jurisdiction, even *prima facie*. (Order, paras. 32 and 33.)

13. The other and only remaining title for the Court's jurisdiction, invoked by Yugoslavia, is that of the mutual acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 2, of the Statute. One would expect, therefore, that the Court would no longer be able to avoid the rather thorny question of Yugoslavia's membership of the United Nations and, therefore, of that of the legal validity of its declaration of acceptance.

14. In its present Order, however, the Court again — like in 1993 — takes the position that it need not consider this question for the purpose of deciding whether or not it can indicate provisional measures in view of its finding that the conditions for the exclusion of the Court's jurisdiction provided for in paragraph 1 (*c*) of the Respondent's declaration are satisfied (para. 25); the Spanish reservation excludes from the jurisdiction of the Court disputes in regard to which the other party or parties have accepted the compulsory jurisdiction of the Court less than 12 months prior to the filing of the application bringing this dispute before the Court.

15. In this respect the Court relies upon what it said in its Judgment of 11 June 1998 in the case concerning the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*:

"[a]s early as 1952, it held in the case concerning *Anglo-Iranian Oil Co.* that, when declarations are made on condition of reciprocity, 'jurisdiction is conferred on the Court only to the extent to which the two Declarations coincide in conferring it' (*I.C.J. Reports 1952*, p. 103)" (*I.C.J. Reports 1998*, p. 298, para. 43; emphasis added).

And the Court concludes by saying that the declarations made by the

La Cour a toutefois estimé qu'à ce stade de la procédure elle n'avait pas à statuer définitivement sur la qualité de la Yougoslavie à cet égard. En formulant ce qui mérite certainement le nom de litote, la Cour a dit alors que «la solution adoptée» par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/1 «ne laissait pas de susciter des difficultés juridiques» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 18*).

12. Mais, dans cette affaire relative à la *Convention sur le génocide*, il était compréhensible que la Cour n'estimât pas indispensable de se prononcer sur la question de savoir si la Yougoslavie était ou non Membre des Nations Unies, et c'était même logique puisque la Cour avait de toute façon compétence *prima facie* en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide.

En l'espèce, toutefois, la Cour a considéré que la réserve formulée par l'Espagne au sujet de l'article IX de la convention l'empêche de présumer qu'elle a compétence, fût-ce *prima facie* (ordonnance, par. 32-33).

13. Dans ces conditions, le seul chef de compétence de la Cour qui subsiste et qu'invoque la Yougoslavie est celui de l'acceptation de part et d'autre de la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. On s'attend par conséquent à ce que la Cour ne puisse plus échapper à la question assez épineuse de savoir si la Yougoslavie est ou non Membre des Nations Unies ni, par suite, à la question de savoir si sa déclaration d'acceptation de la juridiction est ou non valable en droit.

14. Dans l'ordonnance qu'elle rend aujourd'hui, toutefois, la Cour, de nouveau, comme en 1993, adopte pour position qu'elle n'a pas lieu d'examiner cette question aux fins de décider si elle peut ou non indiquer des mesures conservatoires, puisqu'elle constate que les conditions d'exclusion de la juridiction de la Cour spécifiées à l'alinéa c) du paragraphe 1 de la déclaration de l'Espagne sont remplies (par. 25); la réserve de l'Espagne exclut de la juridiction de la Cour les différends dans lesquels l'autre Partie ou les autres Parties en cause ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour moins de douze mois avant la date de présentation de la requête écrite introduisant l'instance devant la Cour.

15. Sur ce point, la Cour s'appuie sur ce qu'elle a déjà dit dans son arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria):

«[d]ès 1952, elle a jugé dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* que, lorsque des déclarations sont faites sous condition de réciprocité, «compétence est conférée à la Cour seulement dans la mesure où elles [les deux déclarations] coïncident pour la lui conférer» (C.I.J. Recueil 1952, p. 103)» (C.I.J. Recueil 1998, p. 298, par. 43; les italiques sont de moi).

Et la Cour conclut en disant que les déclarations faites par les parties

Parties under Article 36, paragraph 2, of the Statute manifestly cannot constitute a basis in the present case, even *prima facie*. (Order, para. 25.)

16. With all due respect, I find this reasoning puzzling if not illogical and inconsistent. How can the Court say that there is no need to consider the question of the validity of Yugoslavia's declaration whereas at the same time it concludes that this declaration, taken together with that of the Respondent, cannot constitute a basis of jurisdiction? This conclusion surely is based on the presumption of the validity of Yugoslavia's declaration, at least for the present stage of the proceedings. If such a presumption does not exist, the Court should at least have said that it accepts that validity purely *arguendo* since, even if it had been valid, it would not have had the capability to confer jurisdiction on the Court in view of Spain's reservation to its own declaration.

17. In this respect I must confess that the reference to the *Cameroon v. Nigeria* case (although correctly made in the context as framed by the Court) does not seem to be particularly well chosen, for in that case — as in most other cases which have come before the Court under Article 36, paragraph 2, of the Statute — it was not the validity of the Applicant's declaration which was in issue but the question whether it could be invoked against the Respondent. It is for that reason that the Court two years earlier in its Order indicating provisional measures could find "that the declarations made by the Parties in accordance with Article 36, paragraph 2, of the Statute constitute a *prima facie* basis upon which its jurisdiction in the present case might be founded" (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Order of 15 March 1996, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 21, para. 31), in spite of the fact that Nigeria had contended that Cameroon could not rely upon its own declaration (the validity of which was not contested) vis-à-vis Nigeria.

18. In his separate opinion joined to the Court's Order on interim measures of protection in the *Interhandel* case, Judge Hersch Lauterpacht said the following:

"The Court may properly act under the terms of Article 41 provided that there is *in existence* an instrument such as a Declaration of Acceptance of the Optional Clause, emanating from the Parties to the dispute, which *prima facie* confers jurisdiction upon the Court and which incorporates no reservations obviously excluding its jurisdiction." (*I.C.J. Reports 1957*, pp. 118-119; emphasis added.)

19. This quotation indicates the correct order in which decisions must be taken. The Court first has to establish the existence of an instrument which *prima facie* is capable of conferring jurisdiction upon the Court; it is only after this has been established that the question becomes relevant whether such instruments, emanating from the parties to the dispute, contain reservations which manifestly exclude the Court's jurisdiction.

conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ne constituent pas une base sur laquelle la Cour pourrait *prima facie* être fondée dans le cas d'espèce (ordonnance, par. 25).

16. Je me permets de dire que je trouve en l'occurrence le raisonnement étonnant, sinon illogique et incohérent. Comment la Cour peut-elle dire qu'il n'y a pas lieu d'examiner la question de la validité de la déclaration de la Yougoslavie et conclure en même temps que ladite déclaration, considérée avec celle du défendeur, ne peut pas constituer une base de compétence? Pour conclure ainsi, il faut certainement prendre pour hypothèse que la déclaration de la Yougoslavie est valable, tout au moins au stade actuel de la procédure. Si cette présomption de validité fait défaut, la Cour aurait dû tout au moins dire qu'elle accepte cette validité aux seules fins du débat puisque, même si elle avait été valable, cette déclaration du demandeur n'aurait pas pu conférer compétence à la Cour en raison de la limitation *ratione temporis* qu'elle énonce.

17. Sur ce point, je dois avouer que l'allusion à l'affaire *Cameroun c. Nigeria* (référence qui se justifie dans le contexte tel que l'établit la Cour) ne paraît pas particulièrement bien choisie, car dans cette affaire-là comme dans la plupart des autres affaires dont la Cour a eu à connaître au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, ce n'est pas la validité de la déclaration du demandeur qui est en question, c'est de savoir si cette déclaration peut être invoquée à l'encontre du défendeur. C'est pour cette raison que deux ans plus tôt, dans son ordonnance portant indication de mesures conservatoires, la Cour pouvait dire «que les déclarations faites par les Parties conformément au paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut constituent *prima facie* une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée en l'espèce» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 21, par. 31), bien que le Nigeria ait soutenu que le Cameroun ne pouvait pas s'appuyer sur sa propre déclaration (dont la validité n'était pas contestée à l'égard du Nigeria).

18. Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'ordonnance rendue par la Cour dans l'affaire de l'*Interhandel*, à la suite d'une demande en indication de mesures conservatoires, sir Hersch Lauterpacht a dit ce qui suit:

«La Cour peut légitimement agir en application de l'article 41, pourvu qu'il existe un instrument, tel qu'une déclaration d'acceptation de la disposition facultative, émanant des Parties au différend, conférant à la Cour compétence *prima facie* et ne contenant aucune réserve excluant manifestement cette compétence.» (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 118-119; les italiques sont de moi.)

19. Cette citation donne l'ordre dans lequel il convient de se prononcer. La Cour doit d'abord établir l'existence d'un instrument qui pourrait *prima facie* lui conférer compétence; ce n'est qu'une fois cet élément établi qu'il devient pertinent de chercher si les instruments en cause qui émanent des parties au différend contiennent des réserves excluant manifestement la juridiction de la Cour.

20. I am, therefore, of the opinion that the Court should not have avoided the question of Yugoslavia's membership of the United Nations and the ensuing validity or invalidity of its declaration of acceptance, but should have dealt with it as a preliminary issue. Only after having established that this declaration is capable of providing the Court with a *prima facie* basis for its jurisdiction could the Court have considered in a meaningful way whether reservations made in either of the declarations obviously exclude its jurisdiction. For if the Court would have concluded that the Yugoslav declaration is not capable of conferring this *prima facie* jurisdiction, the latter question becomes irrelevant.

21. Not for a moment do I contend that the Court already at the present stage of the proceedings should have taken a definitive stand on what I called earlier a thorny question. The dossier on the controversy with regard to the Federal Republic of Yugoslavia's continuation of the international personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia is full of legal snags. The decisions taken by the appropriate United Nations bodies are without precedent and raise a number of as yet unsolved questions. Neither should it be forgotten, however, that these decisions have been taken by the organs which according to the Charter have the exclusive authority in questions of membership. Their decisions therefore, cannot easily be overlooked or ignored, even if the interpretations given to them by the member States which have participated in the decision-making process are widely divergent.

22. The factual and legal background of this question necessitates a thorough analysis and a careful evaluation by the Court when it deals with its jurisdiction on the merits at a later stage. What the Court should have done, however, in the present stage of the proceedings, is to determine whether the doubts, raised by the decisions of the competent United Nations bodies with regard to the continued membership of the Federal Republic of Yugoslavia, are serious enough to bar the Court from assuming that it has *prima facie* jurisdiction to entertain the case brought by Yugoslavia on the basis of its declaration of acceptance.

23. In this respect it is, in my opinion, of primordial importance that both the Security Council and the General Assembly expressed the view that the Federal Republic of Yugoslavia cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia and *therefore* (emphasis added) that the Federal Republic of Yugoslavia should apply for membership.

Security Council resolution 777 (1992) and General Assembly resolution 47/1 seem to establish a causal link between the requirement of an application of membership and the issue of the continuation of the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia. This

20. Je suis par conséquent d'avis que la Cour n'aurait pas dû éviter de se pencher sur la question de savoir si la Yougoslavie est ou non Membre des Nations Unies et de savoir par conséquent si sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour est valable ou non; cette question aurait dû être examinée à titre préliminaire. Ce n'est qu'après avoir établi que ladite déclaration peut servir à la Cour de base de juridiction *prima facie* que la Cour aurait pu utilement examiner si des réserves accompagnant l'une ou l'autre des déclarations excluent manifestement sa compétence. En effet, si la Cour avait conclu que la déclaration de la Yougoslavie ne pouvait pas lui conférer cette compétence *prima facie*, la seconde question perdait toute pertinence.

21. Je ne soutiens pas une minute que la Cour aurait d'ores et déjà dû, au stade actuel de la procédure, se prononcer définitivement sur une question que j'ai plus haut qualifiée d'épineuse. Le dossier consacré à cette question controversée de savoir si la République fédérale de Yougoslavie hérite de la personnalité internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie est plein de pièges juridiques. Les décisions adoptées par les organes compétents des Nations Unies sont sans précédent et soulèvent un certain nombre de questions qui sont toujours sans réponse. Mais il ne faut pas non plus oublier que ces décisions ont été adoptées par les organes qui, aux termes de la Charte, ont le dernier mot en matière d'appartenance à l'Organisation. On ne peut donc pas passer facilement outre à ces décisions, ni les laisser de côté, même si les Etats Membres qui ont pris part à leur adoption en donnent des interprétations largement divergentes.

22. Les faits et les considérations juridiques qui entourent cette question imposent à la Cour de les analyser et de les évaluer de façon approfondie, avec beaucoup d'attention, quand elle cherchera par la suite à déterminer si elle est compétente au fond. Ce que la Cour aurait dû néanmoins faire au stade actuel de la procédure, c'est établir si les interrogations suscitées par les décisions des organes compétents des Nations Unies au sujet de la qualité de Membre de l'Organisation que la République fédérale de Yougoslavie continue ou non d'avoir, sont assez sérieuses pour empêcher la Cour de présumer qu'elle a compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire introduite par la Yougoslavie sur la base de sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire.

23. Sur ce point, il est à mon sens d'une importance primordiale que le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale aient l'un et l'autre été d'avis que la République fédérale de Yougoslavie ne peut pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies et que *par conséquent* la République fédérale de Yougoslavie devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation.

La résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité et la résolution 47/1 de l'Assemblée générale paraissent établir un lien de causalité entre l'obligation de solliciter l'admission et la question de la continuité de la qualité de Membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougosla-

"causal link" seems to be a breeding-ground of inconsistencies, both legally and otherwise. Nevertheless it cannot be fully ignored.

24. In this respect it is worthwhile to quote once more from the letter of 29 September 1992 of the United Nations Legal Counsel, referred to in paragraph 9 above. The Legal Counsel wrote that "the admission to the United Nations of a new Yugoslavia under Article 4 of the Charter will terminate the situation created by resolution 47/1".

During the debate in the General Assembly on the draft resolution which was finally adopted as resolution 47/1 (22 September 1992) the then Prime Minister of the Federal Republic of Yugoslavia said: "I herewith formally request membership in the United Nations on behalf of the new Yugoslavia, whose Government I represent". The United Nations, however, never received any written document as a follow-up to that statement.

25. Against this background I come to the conclusion that there are strong reasons for doubt as to whether the Federal Republic of Yugoslavia is a full-fledged, fully qualified Member of the United Nations and as such capable of accepting the compulsory jurisdiction of the Court as a party to the Statute.

That means that there is a probability, which is far from negligible, that the Court after a thorough analysis of the legal issues involved will find that is without jurisdiction because of the invalidity of Yugoslavia's declaration of acceptance.

26. The disputed validity of that declaration touches the very basis of the Court's jurisdiction and, therefore, takes precedence over other issues, like, for example, limitations *ratione temporis*, *ratione materiae* and *ratione personae*. In view of the doubts and the controversies with regard to this question the Court would have found itself on safe ground if it had concluded that the uncertainties about the validity of Yugoslavia's declaration prevent it from assuming that it has jurisdiction, even *prima facie*.

27. In their dissenting opinion in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case (interim measures of protection) Judges Winiarski and Badawi Pasha stressed the importance of the consent of the Parties in the context of Article 41 of the Statute. They went on to say:

"the Court ought not to indicate interim measures of protection unless its competence, in the event of this being challenged, appears to the Court nevertheless *reasonably probable*" (emphasis added).

And they concluded:

"if there exist weighty arguments in favour of the challenged juris-

vie. Ce «lien de causalité» semble être source d'incohérences, tant sur le plan juridique qu'à d'autres points de vue. Mais il n'est pas pour autant possible d'en faire totalement abstraction.

24. Sur le même point, il est intéressant de citer une fois encore la lettre du 29 septembre 1992 émanant du conseiller juridique des Nations Unies visée au paragraphe 9 ci-dessus. Le conseiller juridique écrit que «l'admission à l'Organisation des Nations Unies d'une nouvelle Yougoslavie en vertu de l'article 4 de la Charte mettra fin à la situation créée par la résolution 47/1».

Au cours du débat à l'Assemblée générale sur le projet de résolution qui a été finalement adopté sous la forme de la résolution 47/1 (22 septembre 1992), le premier ministre de la République fédérative de Yougoslavie de l'époque a dit: «Je fais ici officiellement une demande d'admission aux Nations Unies au nom de la nouvelle Yougoslavie, dont je représente le gouvernement.» L'Organisation des Nations Unies n'a toutefois jamais reçu le moindre document écrit faisant suite à cette déclaration.

25. Telle étant la situation, j'en arrive à la conclusion qu'il existe de solides raisons de douter que la République fédérale de Yougoslavie soit Membre à part entière de l'Organisation des Nations Unies, jouissant de toutes les qualités requises à cette fin, et, à ce titre, à même d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour en tant que partie au Statut.

Cela veut dire qu'il existe une possibilité, qui est loin d'être négligeable, que la Cour doive constater après avoir procédé à une analyse approfondie des questions de droit en jeu qu'elle n'est pas compétente parce que la déclaration d'acceptation de sa juridiction que la Yougoslavie a faite n'est pas valable.

26. La contestation relative à la validité de ladite déclaration ébranle le fondement même de la compétence de la Cour et, par suite, prend le pas sur d'autres questions comme celle, par exemple, de la présence de limitations *ratione temporis*, *ratione materiae* et *ratione personae*. Vu les doutes et les controverses qui entourent cette question, la Cour aurait été inattaquable si elle avait conclu que l'incertitude régnant au sujet de la validité de la déclaration de la Yougoslavie l'empêche de présumer qu'elle est compétente, même *prima facie*.

27. Dans l'opinion dissidente qu'ils ont jointe à la décision de la Cour dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (mesures conservatoires), les juges Winiarski et Badawi Pasha ont mis en évidence l'importance qui s'attache au consentement des Parties dans le cadre de l'article 41 du Statut. Et ils disent ensuite:

«La Cour ne doit indiquer de mesures conservatoires que si sa compétence, au cas où elle est contestée, lui paraît néanmoins *raisonnablement probable*.» (Les italiques sont de moi.)

Et leur conclusion est la suivante:

«s'il existe de fortes raisons en faveur de la compétence contestée, la

diction, the Court may indicate interim measures of protection; if there exist serious doubts or weighty arguments against this jurisdiction such measures cannot be indicated" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 97).

It is my considered view that because of the thick clouds which have packed around Yugoslavia's membership of the United Nations, the ensuing uncertainty of the validity of its declaration does not pass the test of "reasonable probability".

28. There have been earlier occasions when the Court shied away from thorny questions and chose to decide a case on other grounds which were judicially preferable albeit not logically defensible. The most famous example is the *Interhandel* case where the Court first rejected three of four preliminary objections regarding the Court's jurisdiction, then upheld a preliminary objection on admissibility and ultimately decided that there was no need to consider the fourth objection on jurisdiction. This order of dealing with preliminary objections has been criticized and for good reasons but it is at least comprehensible as the various objections were completely different in character.

29. The present case, however, is different. The issue of the declaration's validity is preconditional for that of the applicability of the reservations and time limitations. The latter issue is completely dependent upon the former. In particular with regard to the limitation *ratione temporis* in Yugoslavia's own declaration this becomes relevant. If the majority of the Court in the relevant cases (Belgium, Canada, the Netherlands and Portugal) would have found that this limitation did not act as a bar to the Court's *prima facie* jurisdiction, the Court could no longer have avoided to take up the question of the declaration's validity. This shows that that finding would have been wholly conditioned by this threshold question.

30. Finally, let me state that I find the Court's view that the temporal limitation contained in Yugoslavia's declaration prevents the Court from assuming that it has *prima facie* jurisdiction persuasive, although it does not fully satisfy me. In my view, however, that finding would have been superfluous if the Court had based its negative conclusion on the question of the validity of Yugoslavia's declaration.

(Signed) Pieter H. KOOLIMANS.

Cour peut indiquer des mesures conservatoires; s'il existe des doutes sérieux ou de fortes raisons contre cette compétence, elle ne peut pas les accorder» (C.I.J. *Recueil* 1951, p. 97).

Tout bien réfléchi, en raison des épais nuages qui se sont amoncélés sur la question de savoir si la Yougoslavie a ou non la qualité de Membre des Nations Unies, l'incertitude qui règne de ce fait autour de la validité de sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour ne lui permet pas de franchir ce cap de la «probabilité raisonnable».

28. Il est déjà arrivé que la Cour ne veuille pas affronter certaines questions épineuses et choisisse de retenir pour statuer d'autres motifs judiciairement préférables même s'ils n'étaient pas logiquement défendables. L'exemple le plus célèbre à cet égard est celui de l'affaire de l'*Interhandel*, dans laquelle la Cour a d'abord rejeté trois exceptions préliminaires sur quatre qui concernaient la compétence de la Cour, puis a fait droit à une exception préliminaire concernant la recevabilité et a finalement décidé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la quatrième exception relative à la compétence. La Cour a été critiquée pour avoir statué sur les exceptions préliminaires dans cet ordre et les critiques étaient justifiées, mais au moins cette façon de faire est-elle compréhensible car les diverses exceptions étaient totalement étrangères l'une à l'autre.

29. Il n'en va pas de même dans la présente espèce. La question de la validité de la déclaration conditionne celle de l'applicabilité des réserves et des limitations de caractère temporel. La seconde question est totalement subordonnée à la première. Cela vaut tout particulièrement pour la limitation *ratione temporis* qui figure dans la propre déclaration de la Yougoslavie. Si les membres de la Cour avaient majoritairement estimé dans les affaires concernées (Belgique, Canada, Pays-Bas et Portugal) que cette limitation ne faisait pas obstacle à sa compétence *prima facie*, la Cour n'aurait plus pu éviter de s'intéresser à la validité de la déclaration. Cela montre que la conclusion en faveur de la compétence aurait été intégralement conditionnée par cette question liminaire.

30. Je dirai en dernier lieu que je trouve convaincante l'idée retenue par la Cour, suivant laquelle la limitation de caractère temporel énoncée dans la déclaration de la Yougoslavie empêche la Cour de présumer qu'elle est compétente *prima facie*, encore que cette idée ne me donne pas entière satisfaction. Mais je pense que cette conclusion aurait été superflue si la Cour s'était fondée, pour statuer dans un sens négatif, sur la question de la validité de la déclaration de la Yougoslavie.

(Signé) Pieter H. KOOIJMANS.

SEPARATE OPINION OF JUDGE KREČA

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. COMPOSITION OF THE COURT IN THIS PARTICULAR CASE	1-4
II. APPRAISAL OF THE SPANISH RESERVATION TO ARTICLE IX OF THE GENOCIDE CONVENTION	5
III. OTHER RELEVANT ISSUES	6-9

OPINION INDIVIDUELLE DE M. KREČA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. LA COMPOSITION DE LA COUR EN L'ESPECE	1-4
II. COMMENT APPRÉCIER LA RÉSERVE DE L'ESPAGNE À L'ARTICLE IX DE LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE	5
III. AUTRES QUESTIONS PERTINENTES	6-9

I. COMPOSITION OF THE COURT IN THIS PARTICULAR CASE

1. In the context of the conceptual difference between the international magistrature and the internal judicial system within a State, the institution of judge *ad hoc* has two basic functions:

“(a) to equalize the situation when the Bench already includes a Member of the Court having the nationality of one of the parties; and (b) to create a nominal equality between two litigating States when there is no Member of the Court having the nationality of either party” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, pp. 1124-1125).

In this particular case room is open for posing the question as to whether either of these two basic functions of the institution of judge *ad hoc* has been fulfilled at all.

It is possible to draw the line between two things.

The first is associated with equalization of the Parties in the part concerning the relations between the Applicant and the respondent States which have a national judge on the Bench. *In concreto*, of special interest is the specific position of the respondent States. They appear in a dual capacity in these proceedings:

primo, they appear individually in the proceedings considering that each one of them is in dispute with the Federal Republic of Yugoslavia; and,

secondo, they are at the same time member States of NATO under whose institutional umbrella they have undertaken the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia. Within the framework of NATO, these respondent States are acting *in corpore*, as integral parts of an organizational whole. The *corpus* of wills of NATO member States, when the undertaking of military operations is in question, is constituted into a collective will which is, formally, the will of NATO.

2. The question may be raised whether the respondent States can qualify as parties in the same interest.

In its Order of 20 July 1931 in the case concerning the *Customs Régime between Germany and Austria*, the Permanent Court of International Justice established that:

“all governments which, in the proceedings before the Court, come to the same conclusion, must be held to be in the same interest for the purposes of the present case” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 88).

The question of qualification of the “same interest”, in the practice of the Court, has almost uniformly been based on a formal criterion, the criterion of “the same conclusion” to which the parties have come in the proceedings before the Court.

In the present case, the question of “the same conclusion” as the relevant criterion for the existence of “the same interest” of the respondent

I. LA COMPOSITION DE LA COUR EN L'ESPÈCE

1. Compte tenu de la différence de principe entre la magistrature internationale et le système judiciaire interne de chaque Etat, l'institution du juge *ad hoc* a fondamentalement un double rôle:

«a) rétablir l'égalité quand la Cour comprend d'ores et déjà sur le siège un juge ayant la nationalité de l'une des parties; et b) créer une égalité symbolique entre deux Etats en litige quand aucun membre de la Cour n'a la nationalité de l'une des parties» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III, p. 1124-1125).

En l'espèce, on peut se demander si l'institution du juge *ad hoc* a bien exercé l'une quelconque de ces deux fonctions élémentaires.

Il est possible de distinguer deux éléments.

Le premier est lié à ce rétablissement de l'égalité entre les parties en ce qui concerne les relations entre le demandeur et les Etats défendeurs qui ont un juge national sur le siège. *In concreto*, il faut s'intéresser à cet égard à la position particulière des Etats défendeurs. Ces derniers, en effet, comparaissent à un double titre:

primo, ils comparaissent individuellement puisque chacun d'eux est en litige avec la République fédérale de Yougoslavie;

secundo, ce sont en même temps des Etats membres de l'OTAN dans le cadre institutionnel de laquelle ils ont engagé une attaque armée contre la République fédérale de Yougoslavie. Dans ce cadre de l'OTAN, les Etats défendeurs agissent *in corpore*, en tant que parties intégrantes d'une organisation constituant un tout. L'ensemble, le *corpus*, des volontés des Etats membres de l'OTAN, quand il s'agit de mener des opérations militaires, constitue une volonté collective qui est officiellement celle de l'OTAN.

2. On peut se demander par ailleurs si les Etats défendeurs peuvent être considérés comme faisant cause commune.

Dans l'ordonnance rendue le 20 juillet 1931 dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, la Cour permanente de Justice internationale a énoncé le principe suivant:

«tous les gouvernements qui, devant la Cour, arrivent à la même conclusion, doivent être considérés comme faisant cause commune aux fins de la présente procédure» (C.P.J.I. série A/B n° 41, p. 89).

Dans sa pratique, la Cour a quasiment toujours établi qu'il y avait «cause commune» en se fondant sur un critère formel, celui de la «même conclusion» à laquelle aboutissent les parties comparissant devant elle.

En l'espèce, il est indubitable que la formulation d'une conclusion identique est le critère pertinent permettant d'établir que les Etats défen-

States is, in my opinion, unquestionable. The same conclusion was, in a way, inevitable in the present case in view of the identical Application which the Federal Republic of Yugoslavia has submitted against ten NATO member States, and was formally consecrated by the outcome of the proceedings before the Court held on 10, 11 and 12 May 1999, in which all the respondent States came to the identical conclusion resting on the foundation of practically identical argumentation which differed only in the fashion and style of presentation.

Hence, the inevitable conclusion follows, it appears to me, that all the respondent States are *in concreto* parties in the same interest.

3. What are the implications of this fact for the composition of the Court in the present case? Article 31, paragraph 2, of the Statute says: "If the Court includes upon the Bench a judge of the nationality of one of the parties, any other party may choose a person to sit as judge."

The Statute, accordingly, refers to the right of "any other party", namely, a party other than the party which has a judge of its nationality, in the singular. But, it would be erroneous to draw the conclusion from the above that "any other party", other than the party which has a judge of its nationality, cannot, under certain circumstances, choose several judges *ad hoc*. Such an interpretation would clearly be in sharp contradiction with *ratio legis* of the institution of judge *ad hoc*, which, in this particular case, consists of the function "to equalize the situation when the Bench already includes a Member of the Court having the nationality of one of the parties" (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, pp. 1124-1125). The singular used in Article 31, paragraph 2, of the Statute with reference to the institution of judges *ad hoc* is, consequently, but individualization of the general, inherent right to equalization in the composition of the Bench in the relations between litigating parties, one of which has a judge of its nationality on the Bench, while the other has not. *The practical meaning of this principle applied in casum would imply the right of the Applicant to choose as many judges ad hoc to sit on the Bench as is necessary to equalize the position of the Applicant and that of those respondent States which have judges of their nationality on the Bench and which share the same interest. In concreto, the inherent right to equalization in the composition of the Bench, as an expression of fundamental rule of equality of parties, means that the Federal Republic of Yugoslavia should have the right to choose five judges ad hoc, since even five out of ten respondent States (the United States of America, the United Kingdom, France, Germany and the Netherlands) have their national judges sitting on the Bench.*

Regarding the notion of equalization which concerns the relation between the party entitled to choose its judge *ad hoc* and the parties which have their national judges on the Bench, the fact is that the Federal Republic of Yugoslavia, as can be seen from the Order, did not raise any objections to the circumstance that as many as five respondent States have judges of their nationality on the Bench. However, this circumstance surely cannot be looked upon as something making the question

deurs font « cause commune ». Il était en quelque sorte inévitable de formuler la même conclusion en l'espèce puisque la République fédérale de Yougoslavie a présenté une requête identique à l'encontre de dix Etats membres de l'OTAN et l'on en a eu la preuve officielle à l'issue de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour les 10, 11 et 12 mai 1999, les Etats défendeurs aboutissant tous à une conclusion identique reposant sur une argumentation pratiquement identique dont les seules variations concernent la forme et le mode de présentation.

D'où la conclusion inévitable à mon sens que les Etats défendeurs font tous *in concreto* cause commune.

3. Quelles incidences faut-il en tirer pour la composition de la Cour en l'espèce? L'article 31, paragraphe 2, du Statut, dispose: « Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge. »

Le Statut, donc, définit ainsi le droit de « toute autre partie », c'est-à-dire une partie autre que celle qui compte un juge de sa nationalité sur le siège, et il parle de cette autre partie au singulier. Mais il serait erroné d'en déduire que « toute autre partie » que celle qui compte un juge de sa nationalité sur le siège ne peut pas, dans certains cas, désigner plusieurs juges *ad hoc*. Retenir cette interprétation serait manifestement contraire à la *ratio legis* de l'institution du juge *ad hoc*, lequel en l'espèce a pour objet « de rétablir l'égalité quand la Cour comprend d'ores et déjà sur le siège un juge ayant la nationalité de l'une des parties » (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III, p. 1124-1125). L'usage du singulier à l'article 31, paragraphe 2, du Statut, quand il est question de l'institution du juge *ad hoc*, permet donc simplement d'individualiser ce droit général, intrinsèque, au rétablissement de l'égalité entre les parties en litige en ce qui concerne la composition de la Cour, quand l'une des parties compte un juge de sa nationalité sur le siège tandis que l'autre n'en a pas. Concrètement, appliqué à la présente instance, ce principe signifie implicitement que le demandeur a le droit de désigner autant de juges *ad hoc* qu'il le faut pour rétablir l'égalité entre le demandeur et les Etats défendeurs qui comptent un juge de leur nationalité sur le siège et qui font cause commune. Concrètement, ce droit fondamental au rétablissement de l'égalité dans la composition de la Cour, qui répond à la règle fondamentale de l'égalité des parties, signifie que la République fédérale de Yougoslavie doit avoir le droit de désigner cinq juges *ad hoc*, puisque, sur les dix Etats défendeurs, il y en a cinq (les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, la France, l'Allemagne et les Pays-Bas) qui comptent un juge national sur le siège.

S'agissant de ce rétablissement de l'égalité entre la partie autorisée à désigner un juge *ad hoc* de son choix, d'une part, et, de l'autre, les parties qui comptent un juge national sur le siège, le fait est que la République fédérale de Yougoslavie, comme on peut le constater dans l'ordonnance, n'a soulevé aucune objection au cas de figure qui se présentait et qui était que cinq Etats défendeurs, pas moins, comptaient un juge de leur nationalité sur le siège. Mais il n'est certainement pas possible de considérer

irrelevant, or, even as the tacit consent of the Federal Republic of Yugoslavia to such an outright departure from the letter and spirit of Article 31, paragraph 2, of the Statute.

The Court has, namely, the obligation to take account *ex officio* of the question of such a fundamental importance, which directly derives from, and vice versa, may directly and substantially affect, the equality of the parties. The Court is the guardian of legality for the parties to the case, for which *presumptio iuris et de jure* alone is valid — to know the law (*iura novit curia*). As pointed out by Judges Bedjaoui, Guillaume and Ranjeva in their joint declaration in the *Lockerbie* case: "that is for the Court — not the parties — to take the necessary decision" (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, I.C.J. Reports 1998, p. 36, para. 11).

A contrario, the Court would risk, in a matter which is *ratio legis* proper of the Court's existence, bringing itself into the position of a passive observer, who only takes cognizance of the arguments of the parties and, then, proceeds to the passing of a decision.

4. The other function is associated with equalization in the part which is concerned with the relations between the Applicant and those respondent States which have no national judges on the Bench.

The respondent States having no judge of their nationality on the Bench have chosen, in the usual procedure, their judges *ad hoc* (Belgium, Canada, Italy and Spain). Only Portugal has not designated its judge *ad hoc*. The Applicant successively raised objections to the appointment of the respondent States' judges *ad hoc* invoking Article 31, paragraph 5, of the Statute of the Court. The responses of the Court with respect to this question invariably contained the standard phrase "that the Court . . . found that the choice of a judge *ad hoc* by the Respondent is justified in the present phase of the case".

Needless to say, the above formulation is laconic and does not offer sufficient ground for the analysis of the Court's legal reasoning. The only element which is subject to the possibility of teleological interpretation is the qualification that the choice of a judge *ad hoc* is "justified in the present phase of the case". *A contrario*, it is, consequently, possible that such an appointment of a judge *ad hoc* would "not be justified" in some other phases of the case. The qualification referred to above could be interpreted as the Court's reserve with respect to the choice of judges *ad hoc* by the respondent States, a reserve which could be justifiable on account of the impossibility for the Court to perceive the nature of their interest — whether it is the "same" or "separate" — before the parties set out their positions on the case.

The meanings of equalization as a *ratio legis* institution of judges *ad hoc*, in the case concerning the Applicant and respondent States which

que ce cas de figure ôte toute pertinence à la question, même si la République fédérale de Yougoslavie a tacitement admis une telle dérogation flagrante à la lettre et à l'esprit de l'article 31, paragraphe 2, du Statut.

La Cour a, quant à elle, l'obligation de prendre en considération, *ès qualité*, cette question qui est à ce point cruciale, qui découle directement de l'égalité des parties et, à l'inverse, qui risque en outre de porter directement et sensiblement atteinte à l'égalité des parties. La Cour est le gardien de la légalité pour les parties, et, à cette fin, seule est valable la *presumptio juris et de jure* — il faut savoir le droit (*jura novit curia*). Comme l'ont dit trois membres de la Cour, MM. Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva, dans la déclaration commune qu'ils ont faite dans l'affaire *Lockerbie*: «il appartient à la Cour et non aux parties de prendre la décision requise» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, C.I.J. Recueil 1998, p. 36, par. 11).

A contrario, la Cour risquerait, alors que la question relève véritablement de sa raison d'être, de se cantonner dans l'attitude de l'observateur passif, qui se contente de prendre connaissance des thèses des parties, puis se prononce.

4. Le second élément à étudier est celui du rétablissement de l'égalité dans les relations entre le demandeur et les Etats défendeurs qui ne comptent pas de juge national sur le siège.

Les Etats défendeurs ne comptant pas de juge national sur le siège ont, suivant la procédure habituelle, désigné un juge *ad hoc* de leur choix (Belgique, Canada, Espagne et Italie). Seul le Portugal n'a pas désigné de juge *ad hoc*. Le demandeur a successivement soulevé des objections à la désignation de ces juges *ad hoc* des Etats demandeurs en invoquant le paragraphe 5 de l'article 31 du Statut de la Cour. Chaque fois, la Cour a répondu par la formule habituelle: «La Cour, ... est parvenue à la conclusion que la désignation d'un juge *ad hoc* par [le défendeur] se justifiait dans la présente phase de l'affaire».

Certes, la formule est laconique, trop peu détaillée pour permettre d'analyser le raisonnement juridique suivi par la Cour. Le seul élément qui se prête à une interprétation téléologique est le membre de phrase servant à qualifier la désignation d'un juge *ad hoc*, laquelle serait «justifiée» dans la présente phase de l'affaire. *A contrario*, il est donc possible que cette désignation de juges *ad hoc* ne soit «pas justifiée» dans certaines autres phases de l'affaire. Cette qualification peut s'interpréter comme une réserve, de la part de la Cour, quant à la désignation de juges *ad hoc* par les Etats défendeurs, réserve qui s'expliquerait par l'impossibilité où se trouverait la Cour de voir, avant qu'elles définissent leur position, quel est l'intérêt des parties — font-elles ou non cause commune?

Le sens à donner au rétablissement de l'égalité entre les parties, puisque c'est la raison d'être de l'institution du juge *ad hoc* dans le cas de figure

are parties in the same interest, and which do not have a judge *ad hoc* of their nationality on the Bench, have been dealt with in the practice of the Court, in a clear and unambiguous manner.

In the *South West Africa* case (1961) it was established that, if neither of the parties in the same interest has a judge of its nationality among the Members of the Court, those parties, acting in concert, will be entitled to appoint a single judge *ad hoc* (*South West Africa, I.C.J. Reports 1961*, p. 3).

If, on the other hand, among the Members of the Court there is a judge having the nationality of even one of those parties, then no judge *ad hoc* will be appointed (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, P.C.I.J., Series C, No. 17-II*, p. 8; *Customs Regime between Germany and Austria, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 88).

This perfectly coherent jurisprudence of the Court applied to this particular case, means that none of the respondent States were entitled to appoint a judge ad hoc.

Consequently, it may be said that in the present case neither of the two basic functions of the institution of judge *ad hoc* has been applied in the composition of the Court in a satisfactory way. In my opinion, it is a question of the utmost specific weight in view of the fact that, obviously, its meaning is not restricted to the procedure, but that it may have a far-reaching concrete meaning.

II. APPRAISAL OF THE SPANISH RESERVATION TO ARTICLE IX OF THE GENOCIDE CONVENTION

5. In the particular case of Spain, relevant conditions for the jurisdiction of the International Court of Justice have not concurred.

However, it should be pointed out that a reservation such as the one made by Spain with respect to Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide surely does not contribute to the implementation of the concept of an organized, *de jure*, international community.

As the Court set out in its Opinion of 28 May 1951, "the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23) and

"In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention." (*Ibid.*)

States do not express verbally their belief in international law by

où le demandeur et les Etats défendeurs qui font cause commune ne comptent pas de juge *ad hoc* de leur nationalité sur le siège, a été défini dans la pratique de la Cour de façon très claire, sans la moindre ambiguïté.

Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* (1961), il a été décidé que, au cas où ni l'une ni l'autre des Parties faisant cause commune ne compterait de juge de sa nationalité sur le siège, lesdites Parties auraient la faculté de désigner d'un commun accord un seul juge *ad hoc* (*Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1961, p. 3).

Si, en revanche, la Cour compte parmi ses membres un juge ayant la nationalité d'une des parties, ne serait-ce que de l'une d'elles, il ne sera pas désigné de juge *ad hoc* (*Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, C.P.J.I. série C n° 17 (II), p. 8; *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 41, p. 88).

Si l'on applique à la présente instance cette jurisprudence parfaitement cohérente de la Cour, aucun des Etats défendeurs n'était habilité à désigner un juge *ad hoc*.

On peut donc dire qu'en l'espèce, ni l'une ni l'autre des deux fonctions élémentaires de l'institution du juge *ad hoc* n'a été remplie de façon satisfaisante du point de vue de la composition de la Cour. A mon sens, la question revêt un intérêt tout particulier parce que, manifestement, son importance ne se limite pas à la procédure et pourrait avoir une portée concrète de très grande ampleur.

II. COMMENT APPRÉCIER LA RÉSERVE DE L'ESPAGNE À L'ARTICLE IX DE LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

5. Dans le cas particulier de l'Espagne, les conditions permettant de conférer compétence à la Cour internationale de Justice n'ont pas été réunies.

Mais il convient de faire observer qu'une réserve telle que celle que l'Espagne a formulée à l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne favorise certainement pas la mise en place d'une communauté internationale organisée selon le droit.

Comme la Cour l'a dit dans l'avis consultatif qu'elle a rendu le 2^o mai 1951, «les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel» (*Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil, 1951, p. 23) et

«Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention.» (*Ibid.*)

Les Etats ne choisissent pas de parler pour exprimer leur foi dans le

making declaratory vows but by taking effective measures aimed at the implementation of human rights and fundamental freedoms.

In an eminently political commonwealth, such as the international community, judicial protection of those rights and liberties is almost the only way of realization of Grotius' dream of the international community as a true *genus humanum*.

III. OTHER RELEVANT ISSUES

6. In paragraph 15 of the Order the Court states:

"Whereas the Court is deeply concerned with the human tragedy, the loss of life, and the enormous suffering in Kosovo which form the background of the present dispute, and with the continuing loss of life and human suffering in all parts of Yugoslavia."

The phrasing of the statement seems to me unacceptable for a number of reasons. First, the formulation introduces dual humanitarian concern. The Court is, it is stated, "deeply concerned", while at the same time the Court states "the loss of life". So, it turns out that in the case of "all parts of Yugoslavia" the Court technically states "the loss of life" as a fact which does not cause "deep concern". Furthermore, the wording of the formulation may also be construed as meaning that Kosovo is not a part of Yugoslavia. Namely, after emphasizing the situation in Kosovo and Metohija, the Court uses the phrase "in all parts of Yugoslavia". Having in mind the factual and legal state of affairs, the appropriate wording would be "in all other parts of Yugoslavia". Also, particular reference to "Kosovo" and "all parts of Yugoslavia", in the present circumstances, has not only no legal, but has no factual basis either. Yugoslavia, as a whole, is the object of attack. Human suffering and loss of life are, unfortunately, a fact, generally applicable to the country as a whole; so, the Court, even if it had at its disposal the accurate data on the number of victims and the scale of suffering of the people of Yugoslavia, it would still have no moral right to discriminate between them. Further, the qualification that "human tragedy and the enormous suffering in Kosovo . . . form the background of the present dispute" not only is political, by its nature, but has, or may have, an overtone of justification of the armed attack on Yugoslavia. Suffice it to recall the fact that the respondent State refers to its armed action as humanitarian intervention.

It is up to the Court to establish, at a later stage of the proceedings, the real legal state of affairs, namely, the relevant facts. At the present stage, the question of the underlying reasons for the armed attack on the Fed-

droit international, ils ne vont pas se contenter d'exposer leurs vœux, ils prennent des mesures concrètes pour réaliser les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

Dans une association aussi éminemment politique que la communauté internationale, la protection judiciaire de ces droits et de ces libertés est quasiment le seul moyen de réaliser ce à quoi Grotius rêvait, une communauté internationale qui fût véritablement le *genus humanum*.

III. AUTRES QUESTIONS PERTINENTES

6. Au paragraphe 15 de son ordonnance, la Cour dit :

« Considérant que la Cour est profondément préoccupée par le drame humain, les pertes en vies humaines et les terribles souffrances que connaît le Kosovo et qui constituent la toile de fond du présent différend, ainsi que par les victimes et les souffrances humaines que l'on déplore de façon continue dans l'ensemble de la Yougoslavie. »

Le libellé de cette déclaration me paraît inacceptable pour plusieurs raisons. La première est que cet énoncé fait part d'une préoccupation humanitaire double. La Cour dit être « profondément préoccupée » et évoque en même temps « les pertes en vies humaines » et « les victimes ». De sorte qu'en ce qui concerne « l'ensemble de la Yougoslavie », la Cour évoque techniquement « les victimes » comme un fait qui ne cause pas de « préoccupation profonde ». En outre, l'énoncé permet également de l'interpréter comme signifiant que le Kosovo ne fait pas partie de la Yougoslavie. C'est-à-dire qu'après avoir mis en relief la situation au Kosovo-Metohija, la Cour utilise l'expression « dans l'ensemble de la Yougoslavie ». Compte tenu de la situation de fait et de la situation de droit, il aurait fallu dire « dans le reste de la Yougoslavie ». De surcroît, faire allusion au « Kosovo » et à « l'ensemble de la Yougoslavie » non seulement n'a aucun fondement juridique dans la situation actuelle, mais ne repose pas sur les faits non plus. C'est l'ensemble de la Yougoslavie qui est attaqué. Les souffrances et les pertes en vies humaines sont malheureusement un fait s'appliquant en général au pays tout entier ; dans ces conditions, même si elle avait eu à sa disposition des chiffres précis concernant le nombre des victimes et l'ampleur des souffrances de la population de la Yougoslavie, la Cour n'aurait de toute façon pas eu le droit moral d'établir la moindre discrimination à cet égard. De plus, dire que « le drame humain ... et les terribles souffrances que connaît le Kosovo et qui constituent la toile de fond du présent différend » non seulement est une indication de caractère politique mais représente, ou pourrait représenter, une sorte de justification de l'attaque armée menée contre la Yougoslavie. Il suffit de rappeler à ce propos que l'Etat défendeur qualifie son action armée d'intervention humanitaire.

Il appartient à la Cour d'établir à un stade ultérieur de la procédure quelle est véritablement la situation en droit, c'est-à-dire quels sont les faits pertinents. Au stade actuel, la question des raisons profondes de

eral Republic of Yugoslavia is the object of political allegations. While the Respondent argues that what is involved is a humanitarian intervention provoked by the "human tragedy and the enormous suffering", the Applicant finds that *sedes materiae* the underlying reasons are to be sought elsewhere — in the support to the terrorist organization in Kosovo and in the political aim of secession of Kosovo and Metohija from Yugoslavia.

Consequently, we are dealing here with opposed political qualifications in which the Court should not, and, in my view, must not, enter except in the regular court proceedings.

7. The formulation of paragraph 39 of the Order leaves the impression that the Court is elegantly attempting to drop the ball in the Security Council's court. Essentially, it is superfluous because, as it stands now, it only paraphrases a basic fact that "the Security Council has special responsibilities under Chapter VII of the Charter". It can be interpreted, it is true, also as an appeal to the United Nations organ, specifically entrusted with the duty and designed to take measures in case of threat to the peace, breach of the peace or act of aggression; but, in that case the Court would need to stress also another basic fact — that a legal dispute should be referred to the International Court of Justice on the basis of Article 36, paragraph 3, of the United Nations Charter.

8. The Court, by using the term "Kosovo" instead of the official name of "Kosovo and Metohija", continued to follow the practice of the political organs of the United Nations, which, by the way, was also strictly followed by the respondent States.

It is hard to find a justifiable reason for such a practice. Except of course if we assume political opportuneness and involved practical, political interests to be a justified reason for this practice. This is eloquently shown also by the practice of the designation of the Federal Republic of Yugoslavia. After the succession of the former Yugoslav federal units, the organs of the United Nations, and the respondent States themselves, have used the term Yugoslavia (Serbia and Montenegro). However, since 22 November 1995, the Security Council uses in its resolutions 1021 and 1022 the term "Federal Republic of Yugoslavia" instead of the former "Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)" without any express decision and in a legally unchanged situation in relation to the one in which it, like other organs of the United Nations, employed the term "Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)". The fact that this change in the practice of the Security Council appeared on the day following the initialling of the Peace Agreement in Dayton gives a strong basis for the conclusion that the concrete practice is not based on objective, legal criteria but rather on political criteria.

By using the word "Kosovo" instead of the name "Kosovo and Metohija", the Court, in fact, is doing two things:

l'attaque armée dirigée contre la République fédérale de Yougoslavie fait l'objet d'allégations politiques. Le défendeur soutient qu'il s'agit d'une intervention humanitaire provoquée par «le drame humain et les terribles souffrances», tandis que le demandeur estime que *sedes materiae* les raisons profondes sont à chercher ailleurs — dans le soutien apporté à l'organisation terroriste à l'œuvre au Kosovo et dans la volonté politique de sécession qui anime le Kosovo-Metohija.

Nous avons donc affaire ici à des qualifications politiques opposées dans lesquelles la Cour ne devrait pas entrer, cela lui est même interdit à mon avis, si ce n'est dans le cadre d'une procédure judiciaire normale.

7. L'énoncé du paragraphe 39 de l'ordonnance donne l'impression que la Cour cherche assez élégamment à renvoyer la balle dans le jardin du Conseil de sécurité. Pour l'essentiel, c'est inutile, parce que, sous sa forme actuelle, cet énoncé n'est qu'une simple paraphrase d'une donnée élémentaire qui est que «le Conseil de sécurité est investi de responsabilités spéciales en vertu du chapitre VII de la Charte». Il est possible, certes, de l'interpréter aussi comme un appel lancé à l'organe des Nations Unies qui est très précisément chargé de prendre des mesures en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression et qui a d'ailleurs été conçu à cet effet; mais, en l'occurrence, la Cour devrait rappeler aussi une autre donnée élémentaire: en vertu de l'article 36, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, un différend juridique doit être soumis à la Cour internationale de Justice.

8. En utilisant l'appellation «Kosovo» au lieu de l'appellation officielle de «Kosovo-Metohija», la Cour a continué de suivre la pratique des organes politiques des Nations Unies, pratique dont, d'ailleurs, les Etats défendeurs ne se départissent jamais.

Il est difficile de justifier pareille pratique, sauf, bien entendu, si nous admettons que l'opportunité politique, les intérêts politiques et concrets sont à cet égard des arguments valables. C'est ce que montre également de façon éloquente la pratique suivie pour désigner la République fédérale de Yougoslavie. A la suite de la sécession de certaines parties de l'ancienne Fédération yougoslave, les organes des Nations Unies et les Etats défendeurs eux-mêmes ont utilisé la formule «Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Mais, depuis le 22 novembre 1995, le Conseil de sécurité utilise, dans ses résolutions 1021 et 1022, la formule «République fédérale de Yougoslavie» au lieu de l'ancienne formule «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)», sans qu'il y ait eu de décision expresse à cet égard et dans une situation de droit inchangée par rapport à celle dans laquelle le Conseil, comme d'autres organes des Nations Unies, se servait de la formule «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Le fait que ce changement de pratique du Conseil de sécurité date du lendemain du jour où a été paraphé l'accord de paix de Dayton autorise à soutenir avec assez de fermeté que cette pratique concrète ne s'inspire pas de critères juridiques objectifs mais plutôt de critères politiques.

En utilisant le terme «Kosovo» au lieu du nom «Kosovo-Metohija», la Cour, en fait, fait deux choses à la fois:

- (a) it gives in to the colloquial use of the names of territorial units of an independent State; and
- (b) it ignores the official name of Serbia's southern province, a name embodied both in the constitutional and legal acts of Serbia and of the Federal Republic of Yugoslavia. Furthermore, it runs contrary to the established practice in appropriate international organizations. *Exempli causa*, the official designation of the southern Serbian province "Kosovo and Metohija" has been used in the Agreement concluded by the Federal Republic of Yugoslavia and the Organisation for Security and Co-operation in Europe (*International Legal Materials*, 1999, Vol. 38, p. 24).

Even if such a practice — which, in my opinion, is completely inappropriate not only in terms of the law but also in terms of proper usage — could be understood when resorted to by entities placing interest and expediency above the law, it is inexplicable in the case of a judicial organ.

9. A certain confusion is also created by the term "humanitarian law" referred to in paragraphs 18 and 37 of the Order. The reasons for the confusion are dual: on the one hand, the Court has not shown great consistency in using this term. In the *Genocide* case the Court qualified the Genocide Convention as a part of humanitarian law, although it is obvious that, by its nature, the Genocide Convention falls within the field of international criminal law (see dissenting opinion of Judge Kreča in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, I.C.J. Reports 1996 (II), para. 108, p. 774-775).

On the other hand, it seems that in this Order the term "humanitarian law" has been used with a different meaning, more appropriate to the generally accepted terminology. The relevant passage in the Order should be mentioned precisely because of the wording of its paragraphs 18 and 37. The singling out of humanitarian law from the rules of international law which the Parties are bound to respect may imply low-key and timid overtones of vindication or at least of diminishment of the legal implications of the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia.

Humanitarian law, in its legal, original meaning implies the rules of *jus in bello*. If, by stressing the need to respect the rules of humanitarian law, which I do not doubt, the Court was guided by humanitarian considerations, then it should have stressed *expressis verbis* also the fundamental importance of the rule contained in Article 2, paragraph 4, of the Charter, which constitutes a dividing line between non-legal, primitive international society and an organized, *de jure*, international community.

(Signed) Milenko KREČA.

- a) elle adopte l'appellation courante et populaire servant à désigner les unités territoriales d'un Etat indépendant;
- b) elle laisse de côté l'appellation officielle de la province méridionale de Serbie, appellation consacrée par les actes constitutionnels et juridiques tant de la Serbie que de la République fédérale de Yougoslavie. En outre, la Cour agit ainsi contrairement à la pratique établie par les organisations internationales compétentes. Par exemple, la désignation officielle de la province méridionale de Serbie «Kosovo-Metohija» est celle qui figure dans l'accord conclu par la République fédérale de Yougoslavie et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (*International Legal Materials*, 1999, vol. 38, p. 24).

Même si pareille pratique, laquelle, à mon sens, est totalement incorrecte, non seulement sur le plan du droit mais aussi du point de vue du bon usage, pouvait se défendre quand elle émane d'entités qui situent l'intérêt et la commodité au-dessus de la loi, elle est inexplicable quand elle émane d'un organe judiciaire.

9. L'expression «droit humanitaire» que la Cour utilise aux paragraphes 18 et 37 de son ordonnance prête également à confusion, pour une double raison: d'un côté, la Cour ne manifeste pas une parfaite cohérence dans l'emploi de cette formule. Dans l'affaire de l'*Application de la convention sur le génocide*, la Cour a dit que ladite convention faisait partie du droit humanitaire, alors qu'il est manifeste qu'en raison de sa nature même, ladite convention relève du droit pénal international (voir l'opinion dissidente de M. Kreča dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 774-775, par. 108).

D'un autre côté, il me semble que dans la présente ordonnance, la formule «droit humanitaire» est employée en un sens différent plus proche du sens généralement accepté aujourd'hui. Et il convient de faire précisément état de l'extrait pertinent de l'ordonnance en raison même du libellé des paragraphes 18 et 37. En isolant le droit humanitaire parmi les règles de droit international que les parties sont tenues de respecter, il est possible que la Cour veuille, discrètement, voire timidement, justifier implicitement l'attaque armée dirigée contre la République fédérale de Yougoslavie ou tout au moins en atténuer les conséquences sur le plan du droit.

Dans son premier sens juridique, le droit humanitaire correspond implicitement aux règles du *jus in bello*. Si la Cour s'inspirait, comme je n'en doute nullement, de considérations humanitaires quand elle a souligné la nécessité de respecter les règles du droit humanitaire, elle aurait dû souligner expressément aussi l'importance fondamentale que revêt la règle énoncée à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, laquelle trace la ligne de démarcation entre une société internationale primitive, où le droit fait défaut, et une communauté internationale organisée où règne le droit.

(Signé) Milenko KREČA.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

ISSN 0074-4441

ISBN 92-1-070802-4